

UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



“CONSTITUCIONALIDAD Y TRANSPARENCIA”
TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor:

Motoriche Romero, Amancio Carlos

Asesor:

Arias Cruz, Fredy

Barranca – Perú

2018

DEDICATORIA

Esta tesina se la dedico a mi Dios quién supo guiarme por el buen camino, darme fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento. A mi familia quienes por ellos soy lo que soy. Para mis padres por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles, y por ayudarme con los recursos necesarios para estudiar. Me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia, mi coraje para conseguir mis objetivos. A mis hermanos por estar siempre presentes, acompañándome para poderme realizar.

“La dicha de la vida consiste en tener siempre algo que hacer, alguien a quien amar y alguna cosa que esperar”. Thomas Chalmers.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a aquellas personas que estuvieron a mi lado compartiendo a lo largo de esta carrera.

Agradezco primeramente a Dios Todopoderoso, por estar siempre a mi lado, ser mi padre, mi mejor amigo, mi fortaleza, darme todo lo que tengo y por permitir que me levantara cada vez que tropezaba.

Le agradezco a mi mamá ya que gracias a ella soy quien soy hoy en día, eres la que me da ese amor, cariño y calor humano necesario, es la que ha velado por mi salud, mis estudios, mi educación alimentación entre otros, por acompañarme a lo largo de este camino y gracias por brindarme todo tu apoyo incondicionalmente, te quiero y te amo mamá!!!

A todos aquellos quienes indirectamente, o a propósito, trataron de impedir esta carrera y esta tesis, porque gracias a eso contribuyeron en mi empeño de ser alguien en la vida, porque me incentivaron a redoblar fuerzas y me dieron ánimo para seguir luchando y levantarme cada vez que me he caído, y poder demostrar que yo sí puedo lograr y alcanzar las metas que me he propuesto.

PRESENTACIÓN

El presente trabajo pretende realizar esta investigación por tratarse de un problema que amerita el interés de los ciudadanos, pues en la actualidad la realidad nacional en nuestro país es sumamente crítica, puesto que las autoridades públicas y privadas de las diferentes instituciones del estado y particulares están en situaciones de autoridades corruptas; en cuanto a todas las áreas de la administración pública nacional, etc. Esta realidad no es ajena a nuestra región de nuestro país, donde además se puede apreciar que hay ciudadanos que tienen antecedentes policiales, judiciales y penales que han cumplido una condena, y han rehabilitado dicha condena y siguen ejerciendo función pública como si fueran transparentes y honestos, sino que pareciera que tuvieran mayor motivación para delinquir sin importarles el regreso al centro penitenciario, situación que amerita una intervención más adecuada por parte del pueblo quienes los que eligen a las autoridades municipales, distritales, provinciales y gobernadores regionales.

PALABRAS CLAVES:

TEMA	CONSTITUCIONALIDAD Y TRANSPARENCIA
ESPECIALIDAD	DERECHO CONSTITUCIONAL

KEYWORDS:

THEME	CONSTITUTIONALITY AND TRANSPARENCY
SPECIALTY	CONSTITUTIONAL RIGHT

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

AREA : CIENCIAS SOCIALES

SUB AREA : DERECHO

DISCIPLINA: DERECHO

INDICE GENERAL

Caratula	Pág. 1
Dedicatoria	Pág. 2
Agradecimiento	Pág. 3
Presentación	Pág. 4
Palabras Claves	Pág. 5
I. Introducción	Pág. 7
II. Antecedentes	Pág. 8
• Antecedentes Históricos	Pág. 8-32
• Antecedentes Investigación	Pág. 33-51
III. Marco Teórico	
• Legislación Nacional	Pág.52-55
• Jurisprudencia	Pág.55-63
• Derecho Comparado	Pág.64-68
IV. Conclusiones	Pág. 69-70
V. Recomendaciones	Pág. 71
VI. Resumen	Pág. 72-73
Abstract	Pág. 74-75
VII. Referencias Bibliográficas	Pág. 76

I. INTRODUCCIÓN

El hombre por su misma condición de ser ente social – así se ha manifestado desde su existencia, es el único sobre la tierra, que desde tiempos remotos ha convivido en comunidad, habiendo ensayado diversos y complejos sistemas de organización política persiguiendo encontrar fórmulas que le permitan desarrollar adecuadas relaciones de comunicación y cooperación con los demás.

Uno de los sistemas, el más complejo quizá, es sin lugar a dudas, el sistema de organización constitucional creado, hace apenas tres siglos como consecuencia del avance de las ideas democráticas liberales, con el fin de proveer a la sociedad los mecanismos esenciales e indispensables para dar solución a sus naturales conflictos dentro de un clima de paz y tranquilidad.

Construir este sistema, hasta darle forma y contenido doctrinario ha costado a la humanidad sangre, sudor y lágrimas a través de un largo y complejo proceso histórico de lucha permanente por lograrlo.

La independencia de las colonias inglesas y la Revolución Francesa, en este contexto, constituyen los hitos más importantes en la formación del constitucionalismo, cuyos principios fundamentales rigieron, con sobresaltos, durante los siglos XVIII y XIX y que, a pesar de que muchos de ellos han sido superados, siguen siendo el referente lógico para el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo que busca hacer realidad la más elevada aspiración humana de vivir en un mundo en el que lejos del miedo, el terror y la miseria pueda disfrutar de la libertad y la justicia, dentro de un ambiente de tolerancia y respeto mutuo.

II. ANTECEDENTES

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Al desarrollo constitucional del Perú, anteceden hechos históricos que le darán origen y forma, situados inclusive antes de la Independencia: “La primera etapa dependiente, que en rigor es pre-historia constitucional, se inicia en 1780, porque en esa época empieza la agitación doctrinaria y guerrera, de diversas élites, criollas e indígenas, que aspiran para el territorio del Perú una vida independiente, autogobernada y sin vínculo alguno con la metrópoli. En lo guerrero, hay que destacar la rebelión notable de Tupac Amaro; en lo segundo, el texto precursor de Juan Pablo Vizcardo y Guzmán, titulado «Carta a los españoles americanos», de 1792. En esta etapa germina la idea independentista en diversos sectores, lo cual 10 encuentra eco en publicaciones y rebeliones que son sofocadas por la autoridad virreinal desde Lima”. 14 Al término del siglo XVIII, el país contaba solamente con siete intendencias (Arequipa, Ayacucho, antes llamado Huamanga, Cuzco, Junín, antes llamado Tarma, Libertad, antes llamado Trujillo, Lima y Puno), en un intento de reagrupar las demarcaciones que luego pasarían a ser los nuevos departamentos; las cuales se dividían en partidos, con un total de 53; y los partidos se dividían a su vez en parroquias. Al frente de las intendencias se encontraba un intendente; al frente de los departamentos se instaló un presidente. Los partidos se convirtieron en provincias, y los jefes de los partidos pasaron a ser los subprefectos. Finalmente, las parroquias se convirtieron en distritos, que pasaron a ser manejados por gobernadores. 15 La población nacional según el censo de 1791, descontada la mayor parte de la Amazonía no censada o parte de la Audiencia de Quito, y Puno como integrante de la Audiencia de Chuquisaca, apenas superaba el millón de habitantes. En ese número, los indios eran menos del 60%, a excepción de la sierra sur que contaba con las tres cuartas partes. El mestizaje era ya importante, conformando más de un cuarto de la población total, y se cuentan más de 40 mil esclavos negros. La población blanca española es de 136 mil habitantes, de los cuales 22 mil residen en Lima, mientras en Arequipa bordean los 40 mil y en Cusco superan los 30 mil.16 La dispersión de la población era otra de las características de la época en las intendencias. El Cusco es la mayor, y le sigue Trujillo antes de llegar a Lima. Los partidos más grandes, sobrepasando los 60 mil habitantes son Lima y Cajamarca. Lima, en el extremo opuesto, es el partido de más 14 García Belaúnde, Domingo (s.f.). Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842). p.148. 15 Ibidem, p.152. 16 Gootenberg, Paul

(1995). Población y etnicidad en el Perú republicano (siglo XIX): algunas revisiones. Lima: IEP. Documento de Trabajo N° 71, Serie Historia N°14. 11 incidencia demográfica en su respectiva intendencia. Y en términos de la recaudación aduanera, su gravitación es de 70.6% de la recaudación aduanera nacional. La economía fiscal se reflejaba en las aduanas y en el tributo indígena, siendo ambos importantes para la capital. En el Callao y Lima se detentaban las llaves del comercio y la administración del fin de la época colonial. La gran mayoría de la población vivía del autoconsumo, mientras que una fracción muy pequeña concentraba las rentas. En este contexto, hallamos la Constitución de Cádiz de 1812 como principal antecedente del constitucionalismo peruano, aprobada cuando todavía el Perú era Virreinato de España. Esta constitución dio inicio a la era de las constituciones liberales que recrearon la cultura política latinoamericana,¹⁷ las cuales introdujeron nuevo vocabulario (representación, soberanía popular, igualdad, libertad) y nueva participación, creando nuevos espacios para la acción y trayendo consigo los nuevos fundamentos de la vida pública.¹⁸ Ella viene a ser la primera experiencia liberal que tuvo el Perú como resultado de la aplicación de la legislación promulgada por las Cortes de Cádiz, otorgando especial relevancia a temas como la celebración de los primeros procesos electorales modernos, la conformación de las nuevas instituciones constitucionales como los ayuntamientos y las diputaciones provinciales y, al impacto del liberalismo en la cuestión étnica. La tendencia del pensamiento constitucional de esa época evocaba los grandes principios liberales provenientes de las revoluciones burguesas surgidas en Francia en 1789 y en América en 1776. Estos conceptos y principios, nacidos de estas revoluciones, fueron plasmados en sus cartas políticas, las mismas que sirvieron de paradigmas a las constituciones latinoamericanas y de los estados nacientes, alimentando las discusiones doctrinarias y siendo usadas por quienes participaban en la lucha por el 17 Aljovín De Losada, Cristóbal. (2000) Caudillos y Constituciones. Perú 1821-1845. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto Riva Agüero. Fondo de Cultura Económica, pág. 73 y ss. 18 Ibídem. 12 poder y el proceso independentista. Este vocabulario político moderno contenía contradicciones y expresaba un conflicto con las instituciones nativas y con la conformación de la sociedad en general, no estaba basado en la tradición sino en una razón abstracta, creando una agenda en base a instituciones modernas (presidente, congreso, poder judicial, etc.), una sociedad individualista y otra moderna.¹⁹ Promulgada por el Rey Fernando VII, la llamada Constitución Gaditana reflejó en gran medida el pensamiento

de los americanos provenientes de todos los países de la América española bajo la Corona, de los cuales quince eran de Perú, reunidos en las Cortes de Cádiz entre 1808 y 1812. Un estudio biográfico de los diputados americanos titulares y suplentes que intervinieron en ellas entre 1810 y 1813, realizado por María Teresa Berruezo (1996) señaló que la posición minoritaria de los diputados americanos no fue un obstáculo para que formularan importantes propuestas de interés general relacionadas con el conjunto de la monarquía hispánica, aunque el grueso de su interés se concentrara en los asuntos que afectaban a los territorios a los que representaban. Esto caracterizó a la representación peruana, pues los temas de carácter general solo preocuparon a cuatro de los quince representantes que tuvo en las Cortes. Estos fueron los diputados Vicente Morales Duárez, Ramón Olaguer Feliú, Blas de Ostolaza y, en menor medida, Mariano Rivero.²⁰ En ellas fue sancionado el decreto de libertad política de imprenta el 10 de noviembre de 1810 entrando en vigor en Lima con su publicación el 18 de abril de 1811. Fue por este decreto que las Cortes se ganaron el calificativo de “liberales”, por los diputados que plantearon el reconocimiento de las 19 Benjamin Constat (1819) distinguió clara y esquemáticamente la libertad antigua de la moderna. La primera está ligada a la realización de uno mismo como miembro de la comunidad, ejerciendo la soberanía directamente. En cambio la segunda está relacionada a una sociedad comercial en donde las libertades personales son las predominantes y el ejercicio de la soberanía la ejercen los representantes en un Estado de derecho. ²⁰ Berruezo León, María Teresa, (1996). La participación americana en las Cortes de Cádiz (1810-1814). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. p. 69. 13 libertades públicas en el debate. Pablo Macera calificó el periodismo de 1811 a 1813 como la expresión de un liberalismo criollo minoritario y con un alcance geográfico y social reducido a una clientela fundamentalmente limeña pues se llegaron a editar ocho periódicos en Lima.²¹ La capacidad de los periódicos constitucionales para impulsar una nueva pedagogía política también es esclarecedora si su estudio se incluye dentro del proceso de transición de la opinión pública literaria a la opinión pública política. En tanto, el impacto del liberalismo gaditano en época del virrey José Fernando de Abascal generó que este controlara, manipulara y censurara la aplicación de la constitución para que no perjudicase sus planes militares de contener la expansión de la independencia en América del Sur. Por otra parte, los criollos peruanos aceptaron complacidos el nuevo sistema político, al conllevar el sistema constitucional la “democratización” del acceso a una serie de nuevos cargos públicos por la vía electoral con el consiguiente ascenso

social. 22 Entre 1810 y 1814, este debate sobre las reformas liberales en el Perú, estuvo condicionado por cinco temas claves: la ciudadanía y las elecciones, la abolición del tributo indígena, la libertad de imprenta, las reformas políticas e institucionales y las rebeliones o conspiraciones. La principal limitación en torno a las elecciones fue la complejidad de la votación para elegir los cabildos, las diputaciones provinciales y los diputados a Cortes. Pero el verdadero problema resultó establecer quiénes reunían las condiciones de ciudadano, vecino, elector y elegible. El derecho de voto fue definido por el gobierno virreinal amparándose en las viejas costumbres locales y en una tradición excluyente. De modo que, al final, los beneficiarios del sistema fueron exclusivamente los varones blancos adultos, cabezas de familia y residentes permanentes en un área que les daba la condición de vecinos. La 21 Macera, Pablo. (1977). El periodismo en la Independencia. En: Trabajos de Historia. Tomo 2, pp. 325-342. 22 Peralta Ruiz, V. (2008). El impacto de las Cortes de Cádiz en el Perú. Un balance historiográfico. p.69. En: Revista de Indias, 2008, vol. LXVIII, núm. 242. 14 lectura del padrón electoral de Lima de 1813 revela una clara exclusión de los mestizos, los pardos y los indígenas, con la excepción de los caciques, al incluirseles en las categorías de ciudadanos sin ejercicio de voto, españoles e incluso esclavos. Uno de los principales temas de conflicto fue el que resultó de tener una sola autoridad elegida tanto para los españoles como para los indios, pues ahora todos eran ciudadanos. En Trujillo, por ejemplo, Francisco Núñez,²³ muestra claramente cómo para las elecciones al Ayuntamiento Constitucional, el cura hizo todo lo posible por mantener a los electores divididos a pesar de la queja de los indios y el temor de los españoles. Los indios no siempre aceptaron y, en algunos lugares, se sublevaron contra las nuevas autoridades electas, las expulsaron del pueblo y restauraron a su varayoq (Sala i Vila, 1993). 24 En otros casos, las autoridades provinciales determinaron que los indios debían ser tratados como iguales. Así sucedió en 1813 en Puquina, en el partido de Moquegua, en Arequipa, en que los españoles acusaron al cura de la localidad de “favorecer a los indígenas con la confección del padrón electoral”, llegándose incluso a escenas de violencia (Núñez, 2005). 25 Otro de los problemas fue la inoportunidad de las reformas económicas en las circunstancias de aguda pobreza en que se hallaba el virreinato con relación al decreto de abolición del tributo indígena, un problema que acarrió un descenso alarmante de los ingresos y que el virrey Abascal intentó resolver a mediados de 1814 con una reforma fiscal que no llegó a aplicarse al ser restablecido el tributo con la restauración de Fernando VII. Por su parte, Abascal con la entrada en

vigor de la libertad política de imprenta, se valió de la junta de censura para controlar una literatura que 23 Núñez, Francisco. (2005). La participación electoral indígena bajo la Constitución de Cádiz (1812-1814). *Boletín Americanista*. p.379-380. 24 Sala i Vila, Nuria (1993). La constitución de Cádiz y su impacto en el gobierno de las comunidades indígenas en el virreinato del Perú. p.51-71. 25 Núñez, Francisco. Ob. Cit., pp.385-386. 15 consideraba subversiva, siendo además hábil para promover periódicos afines y orientar la opinión pública a su favor. En cuanto a las reformas políticas e institucionales, el enfrentamiento entre el virrey y los miembros de la Audiencia de Lima, como con algunos representantes de las corporaciones locales elegidas por votación popular, provocaron una continua erosión de la autoridad absolutista. Este factor fue entre otros el detonante de las conspiraciones políticas en Lima, Huánuco, Tacna y la revolución del Cuzco de 1814. Desilusionados los peruanos del liberalismo y de las Cortes de Cádiz a causa de la incertidumbre, el malestar y la inseguridad, motivó gran entusiasmo la supresión de la constitución a fines de 1814. Abascal derrotó así el ideario liberal de las Cortes de Cádiz, mediante la obstrucción de las reformas e ilusionando a los peruanos con el restablecimiento del poderío de un virreinato muy similar al de la época de los Austrias, una vez que derrotase a las juntas de gobierno rebeldes. Esto explica por qué en la época no habían adeptos a la causa de la independencia, pues era mayor la confusión ideológica y la polarización en las opciones políticas. Producida la ruptura política con España y la disolución del Virreinato del Perú, se inició la organización de la República, lo que implicó todo un reordenamiento económico, político, jurídico y social. En el plano jurídico, las Leyes de Indias dejaron de tener vigor, pero en la práctica continuaron en vigencia debido a que no se promulgaban las nuevas normas acordes con la nueva situación jurídica del Estado Peruano. Por esta razón, José Silva Santisteban (1856) aseveró que: “(...) pasamos de la teocracia de los Incas al absolutismo de los Reyes de España; y cuando, siguiendo el impulso comunicado por la Francia, proclamamos la independencia, estábamos bien lejos de ser una República. Desnudos de principios, ignorantes en la ciencia administrativa, con castas diversas, sin prácticas civiles, 16 acostumbradas a obedecer ciegamente los amos que la metrópoli nos enviara, no podíamos improvisarnos ciudadanos libres. Arriesgado por demás fue pues el salto que dimos; y he allí la razón de nuestras frecuentes caídas”. 26 Sobre el origen de nuestro modo de vivir político, Manuel A. Fuentes (1873) señaló: “(...) lo que dejó desparramado, tanto en el Perú como en otras secciones Americanas el germen de esos disturbios, fue la anarquía

reinante entre los hombres que emprendieron, como jefes, la obra de la emancipación, y la ambición de algunos de ellos que, aun no terminada la guerra, pensaron, que en recompensa a sus servicios, les era debido el mando de los nuevos Estados. El elemento que naturalmente dominaba en esa época era el militar, y las ideas políticas reinantes eran las proclamadas por la revolución francesa”. 27

1.2. El Derecho Constitucional del siglo XIX El derecho visto como toda cristalización de relaciones sociales, expresa también relaciones de poder en una sociedad concreta. Los debates doctrinarios durante el siglo XIX tuvieron por un lado a los conservadores que buscaban un gobierno fuerte para obtener orden y progreso; los conservadores siguieron con el predominio de las ideas que se gestaron en la época colonial y pretendían mantener las cosas como estaban. Los liberales buscaban a su vez una tendencia moderada, inspirados por las revoluciones burguesas. Como señala Basadre (1981) con un “matiz mucho más moderado, es decir pragmático y transaccional”. 28

26 Silva Santisteban, José. (1856). Curso de Derecho Constitucional. Lima: Imprenta del autor.p.24. 27 Fuentes, Manuel Atanasio. (1873). Derecho Constitucional Filosófico. Lima: Imprenta del Estado, p.XV. 28 Basadre, Jorge. (1981). Sultanismo, Corrupción y Dependencia en el Perú Republicano. Lima: Editorial Milla Batres.p.129. 17 De acuerdo con estas ideas, en un afán por organizarse dentro de pautas constitucionales, se debatió el Perú dando origen a ocho constituciones, varios estatutos provisorios, y un buen número de cartas políticas frustradas, que constituyen un bagaje considerable.29 Algunas de ellas son liberales, otras conservadoras y autoritarias: 1823, 1826 (Constitución Vitalicia de Bolívar), 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, siendo el antecedente de todas ellas la Constitución de 1812. Don José de San Martín llegó al Perú en 1820, buscó al Virrey La Serna, inició con él largas conversaciones en la localidad de Punchauca, al norte y a pocas leguas de la ciudad de Lima, entonces jaqueada por las fuerzas patriotas, y luego en Miraflores, con la finalidad de establecer en el Perú un estado independiente bajo el modelo de una monarquía constitucional, a modo de una confederación británica con el Reino de España a la cabeza. Así quería San Martín frenar la anarquía y los excesos que en Argentina y Chile viera una vez independizados. Como el Virrey La Serna no aceptó la propuesta o no la tramitó a Fernando VII, San Martín envió una delegación a Europa para buscar a un príncipe europeo para el hipotético trono peruano, promoviendo con tal fin el debate ideológico a su favor a través de la llamada Sociedad Patriótica. Esta iniciativa da inicio al pensamiento en torno al Perú como república, en un ambiente antimonárquico, por lo cual, la batalla ideológica entre monarquistas y republicanos la

perdió San Martín.³⁰ El 3 de Agosto de 1821, San Martín decretó que asumía, por sí y ante sí, la suprema autoridad, con la finalidad de evitar los males que provienen de convocar congresos antes de tener asegurada la independencia. Expide, asimismo, el Estatuto Provisional del 8 de Octubre de 1821, que dice: 29 *Ibíd.*, p.130. 30 García Belaúnde, Domingo (s.f.). Los inicios del constitucionalismo peruano (1821-1842). p.153. 18 “(...) mientras existan enemigos en el país y hasta que el pueblo forme las primeras nociones del gobierno de sí mismo, yo administraré el poder directivo del Estado, cuyas atribuciones, sin ser las mismas, son análogas a las del poder ejecutivo y legislativo”. 31 Explicaban esta determinación las necesidades de la guerra, la imposibilidad de realizar elecciones en los departamentos ocupados aún por las tropas realistas y la escasa capacidad de lograr una asamblea proclive de organizar el país. El Perú estaba dividido en los departamentos de Lima, La Costa (los partidos de Canta, Santa y Chancay), Trujillo, Tarma, Huaylas, Maynas, Huancavelica, Huamanga, Arequipa, Puno y Cuzco. Los departamentos aún ocupados por las tropas del Rey fueron Huancavelica, Huamanga, Arequipa, Puno y Cuzco. El Estatuto Provisional, vigente hasta el 17 de diciembre de 1822, estableció que las órdenes y reglamentos que diese el Protector para la reforma de la administración, estarían firmados por él y por el ministro a quien corresponda. El decreto del 27 de diciembre de 1821, sobre convocatoria a congreso, dispuso en su artículo 2° que los objetos únicos de la reunión “serían establecer la forma definitiva de gobierno y dar la constitución que mejor convenga al Perú. Los poderes que den los pueblos a sus diputados, se contraerán exclusivamente a estos objetos y serán nulos los que excedan de ellos”. 32 Se planteó así el debate sobre la forma de gobierno para el Perú, si se constituía en república o monarquía constitucional, en el seno del Congreso Constituyente de 1823. La idea de monarquía tuvo partidarios y aunque San Martín intentó adoptar esta fórmula de gobierno años antes, la tentativa fracasó reiteradamente, pues el Perú se hallaba ajeno a las ideas monárquicas, como aquellas presuntas negociaciones entre Abascal y la Infanta Carlota. Bastó que San Martín se alejara del Perú para que 31 Manzanilla, José Matías (1903). El Poder Legislativo del Perú. Discurso académico de apertura del año universitario de 1903. Lima: Universidad Mayor de San Marcos. p.V 32 *Ibíd.*, pp. VI-VII. 19 desaparecieran las ideas monárquicas, que al observar de muchos fue artificial y utópico. Basadre (1929) ha dado en su *Iniciación de la República* razones definitivas contra el régimen monárquico en América. Si esta no estaba preparada para la república, menos lo estaba para la monarquía. Si bien, existieron tradiciones monárquicas,

caducaron con el régimen colonial, de tal forma que continuar con este régimen de gobierno, implicaba una destrucción de las bases de la forma republicana de gobierno que se había adoptado en Latinoamérica. La monarquía habría degenerado en gobierno despótico, pues le faltaba lo esencial: la práctica representativa y parlamentaria; la acción política nacional frente al poder de los reyes. El carácter criollo era contrario a la unidad y a la estabilidad del régimen monárquico. Era, pues, necesario crear primero respeto y devoción por una monarquía; luego, hábitos de gobierno representativo; y organizar el equilibrio recíproco entre pueblo y trono, poderes antagónicos. La creación misma de la monarquía era problemática.³³

1.2.1. La Constitución de 1823 A pesar de lo dispuesto por San Martín para establecer su protectorado, declina el mando en agosto de 1822, y el Congreso nombra una Junta Gubernativa integrada por el mariscal José de La Mar, Felipe Antonio Alvarado y Manuel Salazar y Baquijano, todos ellos miembros del Congreso (un Ejecutivo con tres miembros), a quienes se les encargó la continuación de la guerra de independencia. El 20 de setiembre de 1822 se instala en Lima el Congreso Constituyente con José Faustino Sánchez Carrión como secretario, elegido por 53 votos, quien también era diputado por Trujillo y Puno. Aquel día, el Congreso declaró: “Que la soberanía reside esencialmente en la nación, y su ejercicio en el Congreso que legítimamente la representa”.³⁴

El Congreso Constituyente aceptó el 21 de setiembre la renuncia de San Martín, quien decidió alejarse del país. El Congreso asume en forma provisional el poder ejecutivo y legislativo hasta la promulgación de la Constitución, pero se acuerda designar una Junta Gubernativa del Perú, integrada por tres miembros del Congreso. El 22 de setiembre se nombran como integrantes de esta Junta Gubernativa a don José de La Mar, quien la preside, don Felipe Antonio de Alvarado y a Manuel Salazar y Baquíjano, Conde de Vista Florida. El 2 de octubre Sánchez Carrión presenta un proyecto sobre el sistema federal de gobierno, en el que se menciona: “Uno de los principales fines de la reunión del Congreso es establecer la forma de gobierno: la opinión general parece estar decidida por la republicana; así pido se declare: que la forma de gobierno del Perú es popular representativa, y bajo la base federal que entre sus provincias detallare la Constitución”.³⁵

Este proyecto luego de ser ampliamente discutido fue rechazado por unanimidad. La Junta de Gobierno cae a los cuatro meses de elegida. El Congreso presionado por el ejército elige a José de la Riva Agüero como Presidente del Perú.³⁶ Este hecho aunado

a los sucesos agitados de la época, conforman el primer golpe de Estado de nuestra historia. Se produce entonces el avance de las fuerzas realistas que finalmente ocupan Lima el 18 de junio de 1823, el Congreso se reúne al día siguiente en el Callao acordando trasladarse a Trujillo. Sánchez Carrión propuso crear “un poder militar con todas las facultades necesarias para salvar a la Patria”, con el cual se arrebató el poder militar a Riva Agüero. En la misma sesión se nombró una Comisión, integrada por Sánchez Carrión y José Joaquín 34 Colección Documental de la Independencia del Perú. Tomo I, Vol. 9. Lima: 1974, p.79. 35 Benvenuto, Neptalí (1930). José Faustino Sánchez Carrión, prócer de la independencia nacional. Lima: Imprenta Americana, p. 84. 36 Dadas las Campañas de Intermedios, que fueron las escaramuzas realizadas por el ejército patriota contra las fuerzas realistas que no produjeron los resultados esperados, se propició el motín de Balconcillo que llevó al coronel José de la Riva-Agüero a la Presidencia de la República. Por tal coacción protestó Francisco Javier de Luna Pizarro ausentándose después a Chile, a quien siguieron otros representantes opositores al nuevo gobierno. 21 Olmedo, para invitar a Bolívar a venir al Perú, autorizándose a los comisionados a conferirle el poder político y militar con el nombre de Generalísimo del Perú. El Libertador Simón Bolívar llegó al Perú el 1 de setiembre de 1823 y le es conferido supremos poderes militares en todo el territorio de la República por el Congreso el 10 de setiembre. La primera Constitución Política del Perú es promulgada por este Congreso el 12 de noviembre, 37 la que queda en suspenso el 10 de febrero de 1824, cuando fue incompatible con el poder dictatorial que se le entrega a Bolívar: “sólo un poder dictatorial depositado en una mano fuerte, capaz de hacer la guerra cual corresponde a la tenaz obstinación de los enemigos de nuestra independencia puede llenar los ardientes votos de la representación nacional”. 38 Así nace la primera Constitución del Perú, promulgada por el presidente gran mariscal D. José Bernardo Tagle, cuya tarea primordial fue organizar las instituciones políticas, resolver respecto de la ciudadanía y el sufragio, definir la forma de gobierno, determinar las atribuciones de cada uno de los poderes y sentar los principales derechos y garantías a favor de las personas: “Los peruanos acaban de aparecer en el orbe político: se hallan en el caso de constituirse bajo la forma más racional y conveniente; y sería una imprudencia que malogrando tal oportunidad, la única seguramente que puede presentárseles para apartar en tiempo y con provecho todos los males, que es sabido traen los gobiernos fundados sobre derechos especiales, se vinculasen otra vez bajo una monarquía, con el degradante título de vasallos. Pero, cuando nada valiera todo esto,

ellos quieren ser republicanos, y esta voluntad 37 Las bases de constitución fueron dadas por el Soberano Congreso Constituyente y promulgadas por el General José de La Mar, vigentes desde el 17 de diciembre de 1822 hasta el día en que fue promulgada. 38 Centurión Vallejo, Héctor. (1975). José Faustino Sánchez Carrión. Ministro del Libertador. Caracas: Archivo General de la Nación, p. 14. 22 solemnemente declarada por medio de sus representantes, basta para sostener el gobierno que han jurado”. 39 Esta Constitución de 1823 estuvo inspirada en los más puros y clásicos principios de democracia individual y del liberalismo.40 Aprueba la república como forma de gobierno, declara que toda la provincias del Perú reunidos en un solo cuerpo forman la nación peruana, que ella era independiente de la nación española y de toda dominación extranjera y que no podía ser patrimonio de ninguna persona ni de familia y que la soberanía residía esencialmente en la nación (artículos 1º, 2º y 3º), como señala Basadre: “(...) Nación no tiene facultad para decretar leyes que atenten a los derechos individuales (...) Si la Nación (debió decirse Estado) no conserva o protege los derechos legítimos de todos los individuos que lo componen, ataca el pacto social; así como se extrae de la salvaguardia de ese pacto, cualquiera que viole alguna de las leyes fundamentales” (artículos 4º y 5º).41 He aquí tácitamente reconocido el derecho del pueblo a la insurrección contra los gobernantes despóticos. El principio de la división de poderes pareció a los constituyentes un celestial invento. Pero ello, en realidad, condujo a la subordinación del Ejecutivo ante el Legislativo. 42 En la Constitución se estableció un congreso unicameral que contó con tres cámaras. En ese sentido, a la Cámara Única se le denominó como señala Basadre Congreso del Perú. Solo el congreso tenía la iniciativa de las leyes, el ejecutivo carecía de tal facultad, también de poder para expedir reglamentos. El régimen político que adopta esta carta no es parlamentario ni presidencial, sino un régimen de asamblea, tipo de gobierno que 39 Discurso con que la Comisión de Constitución presentó el Proyecto de ella al Congreso Constituyente (1823)”, en Pensamiento Constitucional, N° 1, Lima, 1994, p. 203. 40 Pareja Paz Soldán, J., Ob. Cit., pp. 53 y ss. 41 Basadre, Jorge. (1983) Historia de la República del Perú. (1822-1933). Lima: Pie de Imprenta. p. 84. 42 Ibídem, p. 85. 23 establece que la asamblea legislativa elegida por el pueblo cuente con el dominio absoluto sobre los demás órganos estatales, siendo la responsable frente al electorado soberano y el único que podrá renovarla en el tiempo.43 Tanto la delegación en el gobierno como en los ministerios tienen un carácter técnico, sin derecho a ejercer funciones fuera del marco impuesto de las instrucciones dadas por la asamblea o su supervisión. La Constitución

prescribía: “Los ministros son el órgano del gobierno en los departamentos de su dependencia, debiendo firmar las órdenes que emanen de su poder” (Art. 85°), que supuso la existencia del Consejo de ministros cuando dice que son responsables in solidum los Ministros por las resoluciones tomadas en común (Art. 84°).⁴⁴ Se trataba en todo sentido de una constitución de marcada tendencia liberal, en la cual se reconocía el sistema republicano; la religión católica era designada oficial; se establecía el sistema de poderes tripartito: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; se dio la libertad a los esclavos nacidos después de 1821. Sobre ella se ha dicho que “Se trató de una Constitución sui generis, fuera de nuestra tradición, con un Poder Ejecutivo débil, que no ha tenido influencia alguna en nuestra historia”, ⁴⁵ y también que es “un documento utópico en extremo, teñido de un exagerado liberalismo”. ⁴⁶ Se observa que, dada la independencia, se gestó el liberalismo radical y el liberalismo conservador, corrientes que quedaron de lado al surgir el caudillismo militar. No obstante, estas corrientes aunque apartadas del poder, subsistieron de forma de estar presentes en las siguientes constituciones, el viejo liberalismo integrador y organizador del nuevo Perú. Por ello, en pos de la emancipación, la figura del rey y el régimen monárquico se convertían en un hecho pasado y funesto y proponían ⁴³ En este modelo, el ejecutivo está sometido a la asamblea, convirtiéndose en su órgano ejecutivo o servidor, designado o destituido por la asamblea. La asamblea contaba con autonomía y monopolio del poder. ⁴⁴ Villarán, Manuel Vicente (1994). Posición constitucional de los ministros del Perú, 1936. Lima: Colegio de Abogados de Lima, p.39. ⁴⁵ Del Perú. Antecedentes. p.31 ⁴⁶ García Belaúnde, Domingo, Ob. Cit., p.158. 24 construir las bases del Estado a partir de la dación de una norma suprema, esto es, la Constitución, producto de la voluntad nacional. ⁴⁷ Aunque la carta de 1823 no llegó a regir de manera efectiva, ella forma parte de la constitución histórica del Perú, por su significación republicana. 1.2.2. La Constitución de 1826 El 10 de febrero de 1825, Bolívar resigna la dictadura, pero el congreso le entrega nuevamente el poder con el título de Libertador para su ejercicio hasta que la legislatura se reuniera el año siguiente, la que no llegó a funcionar por impedimento de parte del Consejo de Gobierno, encargado del mando en ausencia de Bolívar. De esta manera, el Consejo y su presidente Santa Cruz, desautorizan la Constitución de 1823 vigente, alegando que: “(...) los resabios de la servidumbre, en pugna con los sueños de una libertad desordenada, produjeron choques incesantes, aspiraciones ambiciosas, criminales defecciones. Las clases que se creyeron maltratadas, opusieron una fuerza de inercia, o bien, maquinaciones encubiertas a la

marcha del nuevo régimen (...). Y cuando estos terribles elementos acarrearón la sedición y la alevosía, fue preciso que el mismo congreso constituyente, ya desordenado por las facciones, crease el tremendo poder de la dictadura ante el cual las cosas y las personas enmudecieran”. 48 Así fue impuesta la constitución bolivariana, la segunda constitución peruana, aprobada por los colegios electorales bajo presión oficial. Esta, promulgada por el Consejo de Gobierno presidido por el gran mariscal D. Andrés de Santa Cruz el 30 de noviembre y jurada el 9 de diciembre de 47 Jamanca Vega, Marco. (2007). El liberalismo peruano y el impacto de las ideas y de los modelos constitucionales a inicios del siglo XIX. p.4. 48 Manzanilla, José M. Ob. Cit., p. VIII. 25 1826, fue elaborada con la finalidad de legitimar la autoridad personal y vitalicia de Bolívar, corriendo igual suerte que la primera, debido principalmente a que el Libertador abandonó tierras peruanas por la Gran Colombia. 49 El cuerpo legislativo, estaba compuesto de la cámara de tribunos, de la de senadores y de la de los censores, en condición de vitalicios estos últimos. 1.2.3. La Constitución de 1828 El mismo Consejo de Gobierno que dispuso la Constitución de 1826, convocó con posterioridad un congreso constituyente que la derogó el 11 de junio de 1827, restaurándose la constitución de 1823, mandada cumplir por D. Manuel Salazar y Baquíjano, vicepresidente de la República, encargado del Poder Ejecutivo, el 16 de junio del mismo año; siendo sancionada después la Constitución del 18 de marzo de 1828 y promulgada el mismo día por el general José de La Mar, Presidente de la República. Este Congreso General Constituyente, el tercero, fue clausurado el día 16 de junio de 1828. Luego, sería inaugurado el Primer Congreso Bicameral, instalado el 31 de agosto de 1829. La Constitución de 1828, considerada la madre de todas las constituciones posteriores,⁵⁰ cuenta con características como la bicameralidad, el Poder Ejecutivo fuerte, la afirmación de los derechos clásicos.⁵¹ Bajo el título de Disposiciones Generales (artículo 193°), declaraba inviolables la libertad civil, la seguridad personal, del domicilio, la propiedad, el secreto de las cartas, el derecho de petición, el derecho al honor y buena reputación, libertad jurídica, la irretroactividad de la ley, la igualdad ante la ley, la libertad de los esclavos, de pensamiento, y expresión y prensa, de locomoción, la libertad de imprenta y las libertades de agricultura, industria, comercio y 49 La Gran Colombia se desmembraría en los países de Colombia, Ecuador y Venezuela en 1830, Panamá se separaría de Colombia en 1903. 50 Villarán, Manuel Vicente. Ob. Cit., p. 31. 51 Derechos que emergieron a raíz de la Revolución Francesa y Revolución Americana. 26 minería, y la igualdad ante la ley. Proclamaba, igualmente, el derecho a reclamar el

uso y ejercicio de tales derechos, el deber de respetarlos y hacerlos guardar religiosamente. Así también, desconocía los empleos y privilegios hereditarios, las vinculaciones laicales haciendo enajenable todo tipo de propiedad, implantaba la secularización de los bienes. Se declara, además, la inviolabilidad de las propiedades intelectuales y los establecimientos de piedad y beneficencia. Estaban contemplados el derecho de invención y autoría, así como los derechos de trabajo, industria y comercio. Incluye, adicionalmente, la instrucción primaria gratuita. Agrega algunos deberes, como en el caso de las contribuciones, estableciéndose en razón de las fuerzas y de los bienes del ciudadano. Se permitía el acudir a árbitros, como medio alternativo de zanjar controversias. Se destacan las cárceles como lugares de seguridad y no de castigo. Quedaba garantizada la independencia del Poder Judicial como derecho de todos los ciudadanos, por cuanto ninguna autoridad podía avocarse a causas pendientes, sustanciarlas ni revivir procesos fenecidos. Los ciudadanos tenían derecho a presentar peticiones al Congreso o al Poder Ejecutivo individualmente y a las instituciones dentro de lo relacionado a sus atribuciones. Se aprecia, sin duda, que esta carta política recoge en su contenido más de la Constitución de 1826 que la de 1823. Sobre ella, Villarán (citado por García Belaúnde) destaca como rasgos característicos: a) Reafirmó la fórmula unitaria del Estado; b) Propició la descentralización departamental y administrativa; c) Al igual que el modelo norteamericano, previó un presidente con fuerza suficiente para mandar; d) Consagró el principio de la bicameralidad, e) Estableció el refrendo ministerial; y f) Fijó las garantías (derechos) constitucionales básicos. 52 Para Paniagua (2003), esta constitución aspiró a concretar los siguientes puntos: a) Recoger las aspiraciones de liberales y autoritarios en un balance 52 García Belaúnde, Domingo. Ob. Cit., p.160. 27 equilibrado de posiciones, esto es, alejarse de las ideas extremas del jacobinismo de la Constitución inicial y del autoritarismo de la Constitución de 1826; b) Abrir las puertas supuestamente a la federación, vía la organización de un estado con tendencia al federalismo, a través de entes locales como las Juntas Departamentales que gozarían de relativa autonomía; y c) Impedir la inestabilidad política, por obra del caudillismo militarista, vía la reelección presidencial inmediata y mediata. 53 1.2.4. La Constitución de 1834 Un pronunciamiento de cuartel destituye a La Mar y entrega la presidencia a Agustín Gamarra. Para combatir a los revolucionarios, la Convención de 1834 decidió que Gamarra había cumplido su período como presidente constitucional y debía ser reemplazado, tomando atribuciones electorales y eligiendo como presidente a Luis José de Orbegoso. Esto llevó a un

enfrentamiento abierto entre el ejército y los liberales que desencadenó una guerra civil, descrita por Jorge Basadre como la más popular de todas las dadas en este período, debido a que la población civil de Lima se enfrentó de manera directa al ejército (Basadre, 2002). 54 En aquella ocasión, los partidarios del general Gamarra, dirigidos por el general Pedro Pablo Bermúdez y por La Mariscal, se alzaron contra el gobierno. Finalizó la 28 Convención Nacional del 10 de junio de 1834 y promulgada el mismo día por el mariscal Luis José de Orbegoso. El texto constitucional estipuló que el presidente no fuese reelegido sino después de transcurrir un período, eliminó el cargo de vicepresidente y acentuó la influencia del poder legislativo. En el marco de discusiones sobre la reforma constitucional de 1828, se consideró ampliar la excepción electoral a los indios pues no hubo tiempo suficiente para educarlos para tales fines. Este tema volvió a discutirse en 1849, a razón de las elecciones presidenciales, dándose el debate entre Bartolomé Herrera y Pedro Gálvez. Debían votar solo los que tenían la capacidad de hacerlo, al saber leer y escribir, como sostenía Herrera, o se trataba de un derecho que no estaba ligado a la capacidad sino que era universal, como argüía Gálvez. En ese momento la victoria fue para los liberales y la ley estipuló que los indios y mestizos iletrados podrían votar hasta 1860. Esta constitución rigió menos de un año a causa de las convulsiones políticas desatadas en aquel tiempo. El 12 de junio de 1835 se ordenó que tuviesen cumplimiento las ordenanzas generales del ejército, órdenes y bandos publicados; aunque se opusiesen a la constitución. La Confederación Perú-Boliviana se erigió poco después para imponer sus propias leyes.

1.2.5. La Constitución de 1839 A efectos de la Confederación Perú-Boliviana, se elaboraron los estatutos para los Estados Nor-peruano, Sur-peruano y Bolivia, que fue establecida por el Gran Mariscal Santa Cruz, Protector Supremo de los tres Estados mediante decreto dado en Lima el 28 de octubre de 1836: La Constitución Política del Estado Sud-Peruano dada por la Asamblea reunida en Sicuani, vigente del 17 de marzo de 1836 a 10 de noviembre de 1839; la Constitución 29 Política del Estado Nor-Peruano dada por la Asamblea reunida en Huaura; y la Ley Fundamental de la Confederación Perú-Boliviana dada por el congreso de plenipotenciarios de los tres estados reunidos en Tacna el 1° de mayo de 1837, vigente al 10 de noviembre de 1839, también conocida como el Pacto de Tacna. Destruída la confederación, Gamarra sin adueñarse del poder militar instala el congreso constituyente de 1839. Este congreso derogó la constitución de 1834, la cual nunca fue examinada, menos aprobada, por el congreso de plenipotenciarios de Tacna. De este modo, la Constitución de 1839 fue dada por Congreso General reunido en Huancayo el

10 de noviembre de 1839 y promulgada el mismo día por Gamarra, sancionada para restablecer la unidad política del país, debido a la existencia de las constituciones de la Confederación Perú-Boliviana. La Constitución de Huancayo, fue de tendencia conservadora, robusteció al Poder Ejecutivo, ampliando a seis años el mandato presidencial, se le otorgó poderes al Consejo de Estado para suspender las garantías constitucionales, se suprimió la Vicepresidencia, el Presidente era reemplazado por el Presidente del Consejo de Estado. Al no mencionarse a los municipios, se tomaron por abolidos, creándose los organismos de Intendentes de Policía nombrados por el gobierno central con triple función: judicial, ejecutiva y de salvaguarda de la seguridad pública. Se restringieron los derechos individuales y se reconoció la esclavitud. Para ejercer la ciudadanía se requería saber leer y escribir, 55 pagar contribución y tener veinticinco años. El desastre de Ingavi sucedido en 1841, en el cual vencen las tropas bolivianas y muere el general Gamarra, origina la anarquía. Los caudillos ambiciosos con sed de poder sugieren elecciones, pero cuando es convocado por el Consejo de Estado, los dos candidatos rivales Torrico y La fuente se levantan en armas. La derrota de Torrico eleva a Vidal, quien 55 A excepción de indígenas y mestizos hasta 1860. 30 decide gobernar a nombre del Consejo de Estado. El gobierno de Vidal apela a elecciones, mientras Vivanco se levanta en armas proclamando la necesidad de la reunión de las cámaras para cesar los males de la patria y para garantizar la libertad. Vencedor Vivanco olvida sus propósitos y exige el reconocimiento de su autoridad. Castilla, Nieto y Elías, derriban el régimen dictatorial, dando origen a dos entidades hostiles: la Junta Gubernativa en Arequipa y el Consejo de Estado en Lima. A título de Presidente del Consejo de Estado, Menéndez se encargó del Poder. Quedó así constituido el Congreso de 1845. Los representantes del sur a este congreso fueron elegidos bajo la autoridad de la Junta Gubernativa y los del resto del país, con arreglo a la convocatoria del Consejo de Estado. Ramón Castilla fue elegido y proclamado presidente infringiendo la ley, pues por el hecho de mandar tropas no era elegible a tenor del artículo 69° y 99° de la Carta de Huancayo.⁵⁶ Al final de su período, dada que la reelección inmediata era imposible, el Presidente dio su respaldo a Echenique, contando con la crucial ayuda de los prefectos y subprefectos. El reglamento electoral de 1849, que seguía los lineamientos de los anteriores, daba a los notables control sobre las mesas parroquiales pues eran ellos quienes decidían quiénes tenían derecho al voto, así como quién podía ser parte de las juntas (Gamboa, 2005). 57 Debido a este control sobre las mesas, la campaña electoral no comenzó hasta que se formaran los colegios

electorales. En aquel momento, se organizó el Club Progresista, el primer partido político organizado, con la idea de influir en los electores, en apoyo a la candidatura del civil Domingo Elías (Loayza, 2005). 58 Esta 56 Castilla conservó el mando del ejército durante el período de elecciones, moviendo sus fuerzas de Arequipa a Lima y al llegar a San Borja, días antes de la instalación de la legislatura, declara en receso la Junta Gubernativa para recibir la consagración del parlamento y aparecer como el continuador del orden legal. 57 Gamboa Balbín, César. (2005). Los filtros electorales decimonónicos: los órganos y los procedimientos electorales Perú: 1822-1896. En: Aljovín de Losada, C. & López (2005), p.195. 58 Loayza Pérez, Alex. (2005). El Club Progresista y la coyuntura electoral de 1849-1851. En: Aljovín de Losada & López (2005), pp. 395- 424. 31 agrupación convocaba a todos los peruanos que quisieran colaborar al adelantamiento social del país y que no estuvieran comprometidos con ninguno de los otros candidatos; pues ellos postulaban al candidato que ofrecía más garantías a la nación: “La institución del Club es independiente de los intereses de las personas y no puede ligar su existencia ni su conducta a la de un partido cuya vida no tiene una duración que el tiempo de la lucha de su candidatura con los de otros partidos; por eso no se afilia a las banderas de ninguno ni hace solidaria su suerte con el triunfo de su candidato”. 59 Además de este se constituyeron otros grupos políticos en torno a un club, dándose por primera vez discusiones ideológicas organizadas y en gran parte lideradas por los liberales de segunda generación influenciados por las ideas de las revoluciones europeas de 1848. Volviendo a las elecciones, los resultados obtenidos fueron cuestionados y uno de los temas más discutidos fue la potencial compra de votos. Probablemente, el Estado usó el dinero proveniente del guano para obtener votos en apoyo al candidato que favorecía. Esta necesidad de comprar votos evidenciaría un sistema electoral competitivo, de lo contrario no habría existido tal accionar. Los votos comprados en 1850 y la acusación de que las elecciones fueron fraudulentas, motivaron a los liberales y radicales a levantarse en contra del gobierno de José Rufino Echenique en 1854. En las elecciones directas de 1855, de corta duración, los comicios no fueron universales. Los liberales dieron el voto a los esclavos recién liberados, mientras se los quitaban a quienes apoyaron el régimen de Echenique. 59 El Progreso, 8-XII-1849.p.7 32 Cuando Castilla decreta la manumisión definitiva en 1854, el número de esclavos, en su mayor parte de edad avanzada, era 25,505 (en 1821 fueron un poco más de 41,000). Los dueños de los esclavos fueron indemnizados con el dinero del guano, y recibieron 300 pesos por cada esclavo liberto. Para el Estado, esta operación tuvo un costo de 7,

651,500 pesos. En aquel entonces, la principal población negra esclava se ubicaba en Lima con 5,791 esclavos; los negros liberados en Arequipa y Cusco con 3,550; e Ica, Trujillo y Chancay con un promedio de 2,000. La escasez de mano de obra en la época llevó a la importación masiva de coolíes chinos, surgiendo un sistema de esclavitud disfrazada que reemplazó a la que habían sufrido los negros.

1.2.6. La Constitución de 1856

Después del triunfo en La Palma, Ramón Castilla convoca a una Convención Nacional de Diputados, elegidos por primera vez por medio de sufragio directo. Entre sus principales figuras se encontraban: Pedro Gálvez, Manuel Toribio Ureta, Santiago Távara, Mariano Ignacio Prado, Juan Caveró, y José Gálvez. La Asamblea se instaló el 14 de julio de 1855 con 72 diputados, aprobándose la Constitución de 1856 el 13 de octubre de 1856 y promulgada el 16 del mismo mes, por el presidente provisorio Mariscal Ramón Castilla. Al respecto se diría: “Los legisladores del 56 no hicieron más que poner en ejercicio las facultades recibidas del pueblo; y en verdad, qué podía apetecer el pueblo sino que se le declarasen las garantías que hasta entonces no había tenido”.⁶⁰ Esta constitución suscitó diversos comentarios de la opinión pública de aquellos tiempos, con especial énfasis en la contradicción del objeto de toda ley fundamental que es garantizar el orden político y civil. Algunos artículos a este respecto publicados en el Diario El Comercio y que se encuentran en Observaciones sobre la Constitución de 1856 señalan que: 60 Congreso de la República (1860). Diario de Debates del Congreso reunido en 1860, que ha reformado la Constitución dada por la Convención en 1856, p.7. 33 “Una constitución que la nación no acepta con hechos claros y palpables, es una Constitución que no es Constitución; no es nada, y de ser algo, es un absurdo lógico y un disparate político”. 61 Y agrega: “Lo que a la Constitución tocaba era preservar el Estado de la esclavitud extranjera, y asegurar de tal modo su soberanía, que ninguna otra Potencia pudiera contrariar el ejercicio de su propia voluntad o influir en su administración interior. Más los autores de la Constitución lejos de pensar en esto hacen formal entrega de la Patria a los extranjeros de ultramar o yankees, y les abren franca puerta para la dominación y aun para el exterminio de nuestra nacionalidad” (Anónimo, 1858, p. 5).⁶² Además de tales comentarios, los elegidos por el pueblo opinaban que: “La Constitución del 56, que consta de 140 artículos, contiene precisamente ciento, en los que están comprendidos los principios fundamentales del sistema gubernativo que nos rige, y todas las garantías individuales, públicas y sociales que pueden proclamarse. Pero contiene 40 artículos que paralizan el progreso, que ponen obstáculos insuperables a la marcha política del

país, que minan los cimientos del orden, que establecen la contradicción y que complicando los resortes de la máquina social, le comunican la marcha tortuosa y desigual con que estamos andando”. 63 El Consejo de Ministros fue creado en el Perú por esta Constitución: “Habrá un Consejo de Ministros cuya organización y procedimientos se detallará en la ley” (Art. 93), el cual fue motivo de un largo y reñido debate. La influencia de José Gálvez fue relevante al sostener la necesidad del Consejo para dar 61 Anónimo. (1858). Observaciones sobre la Constitución de 1856. Necesidad de su reforma, p. 4. 62 Ibídem, p.5. 63 Congreso de la República (1860). Ob. Cit., p.2. 34 armonía a los actos del Ministerio y hacer efectiva su responsabilidad. Hasta 1856 el presidente peruano, como el de los Estados Unidos, nombraba por sí solo a los ministros. Dominaba de este modo sobre los ministros por varias causas, siendo la primera su libertad para nombrarlos y removerlos. 64 Uno de los principales ataques que se considera recibió esta Constitución fue: “El Presidente de la República la aceptó provisionalmente; el clero en masa, se negó de frente a jurarla, y el pueblo, cuyo buen sentido no se engaña jamás, levantó el estandarte de la rebelión para rechazar a mano armada esa carta tan contraria a sus intereses y necesidades, y solo destinada a servir al Poder Ejecutivo de pretexto para la arbitrariedad; pues que, en la imposibilidad de observarla, se veía a cada paso en la necesidad de infringirla”. 65 Se tenía por entendido que todo el pueblo asumía la insuficiencia de la Constitución para regirlos. Sin embargo, uno de sus aciertos fue que Senadores y Diputados de la República fueran elegidos por el voto popular directo. Antes de ella, era de dos grados el sufragio. Los electores elegían los colegios electorales y estos cuerpos eran los que elegían. Con las ideas liberales, la Constitución dio el sufragio directo, a pesar de la oposición del conservador Bartolomé Herrera. Surgió así un liberalismo democrático preocupado por los problemas sociales, sin embargo aún inmerso en visiones tradicionales. Los planteamientos plasmados en la Carta de 1856 iniciaron un proceso irreversible de democratización, que incluyó no solo derechos civiles, tales como el derecho a la libertad y propiedad, sino que introduce el concepto de gobierno democrático, significando todo un proceso de reforma como la 64 Villaran, Manuel Vicente. Ob. Cit., p.40. 65 Congreso de la República, (1860). Ob. Cit., p.13. 35 extensión del sufragio, la abolición de la esclavitud, derecho a la libre asociación, entre otros. 66 1.2.7. La Constitución de 1860 Convocado para proclamar la elección de Presidente y Vicepresidente de la República, el Congreso de 1858 legitimó el golpe de Estado, el cual mediante decreto de 11 de julio, el Presidente de la República Mariscal Castilla

convoca a Congreso para reformar la Constitución de 1856. Este congreso reunido del 28 de julio al 2 de agosto de 1860, procedió a la dicha reforma, la cual significó un deslinde de ideas entre los representantes elegidos por el pueblo. Este congreso, presidido por el Obispo de Arequipa, Dr. D. Bartolomé Herrera, se inició con 98 representantes; en segunda sesión con 94 representantes, en la que se dio lectura a la siguiente propuesta: “Nómbrese una comisión que proceda a examinar las actas electorales y que manifieste el resultado de la autorización relativa a la reforma de la Constitución en Congreso reunido, y que presente un proyecto de ley, para que sea discutido y resuelto en sesión permanente”. 67 Con ella, surgieron diversos pensares, como el asistente a la Convención del 56, Señor Mesa que dijo: “(...) pido, fundado en la Constitución y apoyado en el nombre, carácter e instalación de este congreso constitucional ordinario, que se proceda al sorteo de los Representantes para la separación de las Cámaras legislativas. Si un solo paso más diese el Congreso en otro

66 Jamanca Vega, Marco. (2007). El liberalismo peruano y el impacto de las ideas y de los modelos constitucionales a inicios del siglo XIX. p.2. 67 Congreso de la República, Ob. Cit., p.5. 36 sentido, daría a conocer que, sin declaración ninguna formal, y solamente de hecho, asumía una tremenda dictadura contra la democracia encarnada ya en el pueblo; que sustituía el hecho al derecho; que destruía nuestras instituciones, y que la voluntad de sólo el señor Obispo Presidente, que da la dirección al Congreso pues que este aun nada ha resuelto, se propone a la ley, que es la expresión formulada de la voluntad del pueblo, del pueblo que es la suprema realidad, del pueblo que lo es todo”. 68 Otro representante, el señor Silva Santisteban, quien se calificaría a sí mismo como soldado de la Libertad, un partidario de las libertades públicas y que sostuviera “el principio de la estabilidad de las instituciones y de su reforma gradual y progresiva” señaló sobre el Congreso que: “No alcanzo a comprender como funcionará, si se sujeta a las prescripciones constitucionales, es constitucional, y por lo tanto la reforma no puede hacer sino con arreglo a esas prescripciones; si se sobrepone a la constitución y funcionando en un solo cuerpo procede a promulgar la ley, es claro que la Constitución no existe, y que el Congreso actual es constituyente. (...) El Congreso no funciona por sí, es una institución que da leyes en nombre del pueblo, el pueblo, cuando se trata de leyes fundamentales, está en el derecho de examinar esas constituciones y ver si son adoptables o no”. 69 Precisó además que “Reformar no es destruir. Reformar no es tener odio a la obra que se quiere mejorar: es tributarle los honores y respetos debidos, es procurar su mejoramiento y estabilidad”. 70 En la tercera sesión, con 96 asistentes, se

dio informe de las actas electorales que autorizaban a sus representantes para reformar la 68 Ibídem, p.3. 69 Ibídem, p.4. 70 Ibídem, p.5. 37 Constitución, dándose además el número de sufragios emitidos: De un total de 707,955 ciudadanos; 520,979 (73%) han facultado a sus representantes para sancionar la reforma, autorizándolos a hacer “cuanto crean conveniente al bien del país”; 12,114 (2%) votaron porque la reforma fuese constitucional; 35,945 (5%) han opinado contra la reforma; y 138,917 (20%) han elegido a sus diputados sin darles mayor instrucción sobre el modo de reformar la Constitución. El cuadro organizado por la Comisión de poderes, comprendió las elecciones de las provincias de Chachapoyas, Huaylas, Pasco, Tarma, Angaraes y Carabaya, en cuyas actas no calificadas aparecían: 42,514 sufragios a favor de la reforma, y 20,367 contra ella⁷¹. En esta tercera sesión, el Sr. Irigoyen precisaría que éste “es un Congreso ordinario con facultades especiales dadas por los pueblos; en atención al estado violento y anormal en que hace largo tiempo se encuentra la República”. ⁷² Después de la cuarta sesión, con 86 representantes, y finalmente en la quinta, con la misma cantidad de representantes, se aprobó el proyecto de ley que tanto se discutiera para reformar la Constitución en un solo cuerpo y no dos cámaras, proponiéndose luego la comisión encargada de presentar el proyecto de reforma constitucional y los miembros de la comisión de redacción de la misma. De este modo, la Constitución de 1856 fue sucedida después por la Constitución de 1860, dada por el Congreso de la República el 10 de noviembre de 1860 y promulgada por el Mariscal Castilla el 13 del mismo mes y año, cuya vigencia duró sesenta años. Se la considera como: “Una Constitución equilibrada, de consenso, que recoge las tradiciones del Perú. Representa, en cierto sentido, un período de equilibrio y estabilidad institucional, apenas interrumpido por diversas 71 Ibídem. 72 Ibídem, p.20. 38 crisis y, ciertamente, por el gran trauma histórico que significó la Guerra del Pacífico, que envolvió a Perú, Chile y Bolivia”. 73 Francisco García Calderón (1912) aseguró que: “A partir de 1860, después de la última Constitución y a pesar de excepciones y crisis, el Parlamento tiene nuevas influencias sobre la evolución nacional. Es legislador, órgano de discusión más o menos libre en el problema religioso, las finanzas, la organización del presupuesto. Es, sobre todo, en esta regularización de las finanzas del Estado, que encuentra su papel definitivo. Luchar contra el despilfarro de la riqueza fiscal y el aumento ilimitado de la burocracia”. 74 Bajo ella, se dio la ley de Ministros de 1862, que sancionó el carácter de cuerpo consultivo que la costumbre había dado al Consejo de Ministros. La ley de 1863 hizo del Consejo algo más que un órgano de consulta, le confirió una función de

autoridad consistente en dar o rehusar su acuerdo a ciertos actos del Presidente de la República. Aquí se distinguen la opinión ilustrativa, el voto consultivo y el voto deliberativo del Consejo. La opinión es ilustrativa cuando a juicio del Presidente de la República consulta al Consejo de temas no obligatorios pero merecedores de atención. El voto consultivo es obligatorio, debiendo tomar el Presidente la opinión del Consejo ineludiblemente. El voto deliberativo incluye además de la obligación de oír al Consejo, proceder conforme a su opinión, o de la mayoría de los miembros, y de no existir acuerdo el gabinete debe dimitir. 75 La Constitución de 1860 eliminó el Consejo de Estado que en forma paulatina había ido asentándose en los textos anteriores. Al eliminar el 73 Del Perú. Antecedentes. p.32 74 García Calderón, Francisco (2001). El Perú contemporáneo. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República, p.246. 75 Villarán, Manuel Vicente., Ob. Cit., p.41. 39 Consejo de Estado, puso en su lugar a la Comisión Permanente (artículo 105°), que entre sus facultades tenía precisamente la de vigilar el cumplimiento de la Constitución. Fue ésta la única referencia al control de constitucionalidad, aun cuando de carácter político. Pero la Comisión Permanente duró poco: una reforma constitucional de 1874 la eliminó, y no volvió a aparecer más. La duración de esta constitución obedece a su tono moderado y su adaptación a la realidad, con un sentido práctico, y que si bien no entregó íntegramente los poderes al Ejecutivo, se identifica en un claro equilibrio estable y control provechoso de poderes. Como indica Basadre, es una Constitución Moderada o Transaccional, 76 porque estableció firmemente la característica de una nación soberana, en la cual los poderes se hallan mutuamente controlados. A pesar de su larga duración, en medio de los cambios políticos e ideológicos en los gobiernos, mantuvo la ideología y principios democráticos que ampararon la perdurabilidad del orden constitucional. 1.2.8. La Constitución de 1867 En 1867 se realiza el congreso constituyente que, desautorizando todos los actos anteriores del Presidente Prado y en su desprestigio, preparaba la revolución que debía de abatirlo.⁷⁷ En este contexto, se dicta una nueva constitución, la cual fue derogada a los seis meses de promulgada. Esto se debió a una revuelta popular encabezada desde Arequipa por Diez Canseco, quien derrocó al Presidente Prado, restableciendo la Carta de 1860, cuya vigencia se extenderá hasta 1920. 76Basadre, Jorge (1981) Sultanism, Corrupción y Dependencia en el Perú Republicano. p.131. 77 Fuentes, Manuel Atanasio (1873). Derecho Constitucional Filosófico. p.XVII. 40 El primer intento civil organizado en buscar el poder político fue el que lideró Manuel Pardo hacia la década de 1870, el denominado primer civilismo. Pardo, hijo de un antiguo político, periodista

aristocrático y poeta, había logrado reunir en un partido político, los intereses de diversos grupos de la élite urbana para elaborar un programa político que rechazaba el militarismo y buscaba el orden institucional, la expansión de la educación y el progreso material. Este partido apoyó en las elecciones presidenciales de 1875-1876 a Manuel Ignacio Prado, quien se encontraba en el exilio, posibilitando una de las únicas transiciones de un gobierno emanado de elecciones a otro donde se enfrentaron dos partidos políticos: los Civilistas y los Nacionalistas. 78 Estas elecciones, como muchas de las anteriores, se caracterizaron por su violencia, a pesar de que ambos lados intentaron desarmar a sus seguidores y las dualidades se vieron como en las demás elecciones anteriores. Fueron las últimas elecciones antes de la Guerra del Pacífico; en un ambiente distinguido por la crisis económica.79 El escenario de la posguerra estuvo dominado por los partidos fuertemente identificados con sus líderes fundadores: Nicolás de Piérola y el Partido Demócrata, fundado en 1884; y el Partido Constitucional, fundado en 1885 por Andrés Avelino Cáceres. En 1886, tres años después de la guerra con Chile y en medio de un conflicto interno, Cáceres fue proclamado Presidente por un Consejo de Ministros, apoyándose en la Constitución de 1860. Su acción se centró en la reconstrucción del país después de la derrota, firmándose un contrato con Michel Grace en 1889, con el que se pretendió resolver la crisis de la deuda externa, declarado el país en bancarrota a mediados de 1870 y con el impago de las obligaciones a los acreedores. 78 Pardo dejó la presidencia, pero no la vida política y participó activamente en la campaña electoral al Congreso de 1877-1878, durante la cual se dio el levantamiento civilista contra Prado. Luego de un corto exilio en Chile, Pardo volvió al Perú como Presidente del Senado, solo para ser asesinado en noviembre de 1878 en la puerta del Congreso. 79 En 1876, el Perú ya contaba con 18,078 residentes europeos en el Perú, de los cuales el 39% eran italianos. Muchos de ellos hallarían en la crisis la oportunidad que en su país no hallaron. 41 extranjeros. 80 Se le acusó de entreguismo y muchos diputados que se pronunciaban en contra fueron exiliados con la finalidad de concretar la firma del contrato. Entre los aspectos que Cáceres quiso reformar estuvieron las elecciones,81 sin embargo el proceso para cambiar la ley no fue sencillo y no logró implementarse para las elecciones presidenciales de 1890, mostrando las profundas diferencias dentro del Partido Constitucional, el cual presentó dos candidatos, uno civil y otro militar. El militar Remigio Morales Bermúdez resultó elegido y los cambios pretendidos en materia electoral fueron pospuestos para 1894, no dados porque Morales Bermúdez falleció y Cáceres asumió su cargo en febrero de 1895. Ante este hecho y la

posibilidad de elecciones presidenciales fraudulentas, tanto el Partido Civil como el Partido Demócrata y lo que después sería el Partido Liberal, fomentaron la sublevación en la sierra central, organizando montoneras y avanzando sobre Lima. El 17 y 18 de marzo de 1895 se libró la lucha por el control de la ciudad que tuvo como saldo centenares de muertos. El 19 de marzo Cáceres acepta su derrota. Desde este momento en la historia peruana, el pueblo tendría un papel decisivo en situaciones de esta naturaleza. Con Cáceres y sus seguidores en el exilio, Piérola aceptó formar un gobierno de transición mientras se daba paso a una nueva elección presidencial. Esta sería la última elección donde participaron los indios analfabetos, 82 se realizó sin incidentes y tuvo por una de sus primeras medidas cambiar el sistema electoral. Para la época, se pensaba que: 80 El contrato Grace generó fuerte oposición en la prensa y el Congreso, pues el Perú asumía el compromiso de conceder los ferrocarriles nacionales por 66 años y entregar las ganancias de las exportaciones del guano, 2 millones de hectáreas en la selva central, 80 mil libras anuales durante 33 años y la libre navegación por el Lago Titicaca. 81 El desgaste sufrido en la segunda mitad del siglo XIX por el sistema indirecto con una amplia base de votantes llevó a un deseo de cerrar el acceso a las urnas a los analfabetos y de establecer las elecciones directas. 82 Este sistema antidemocrático de prohibir la participación de los analfabetos en las elecciones en este período no será superado en todo el siglo. 42 La reducción de los requisitos para votar, aumentando la masa electoral, disminuye las garantías de acierto, salvo que los ciudadanos estén suficientemente preparados para ejercer el derecho de elegir. El sufragio y la cultural social repercuten, pues, sobre las Cámaras. La universalización del sufragio deprime el nivel intelectual de ellas y la universalización de la cultura lo eleva. El resultado de la lucha, entre las dos causas antagónicas, tiende a mejorar las condiciones personales de los representantes. 83 En aquel mismo año 1895, el partido democrático cambió de tendencia política. No abandonó sus principios de transformación radical, sino que al mismo tiempo que estas ideas perdían fuerza, otras características como una hábil administración, la organización en la paz y el orden en las finanzas, hacían de un grupo revolucionario un partido de la paz. 84 Piérola, en abril de 1897, había intentado imponer el patrón oro, que gestara una fuerte oposición parlamentaria y la resistencia del público, por ello no se suspendió la acuñación de moneda nacional en plata. El abandono definitivo de la plata y su reemplazo por el oro fue adoptado recién en 1899 por el Presidente Eduardo López de Romaña, quien firmó una ley proveniente del Congreso dominado por el segundo civilismo. Esta ley

establecía la libra peruana de oro como nueva moneda nacional, equiparándola a la libra esterlina y le daba un valor de diez soles de plata. En forma paralela, la libra esterlina obtuvo libre circulación como si fuera moneda nacional. Con ello, se abandonó el sistema de la plata y se adoptó el Gold Coin Standard, que duraría hasta la crisis de 1930.⁸⁵ Sobre el tributo indígena, Piérola abandonó esta forma impositiva, debilitando a las Juntas Departamentales, que en provincias fortalecían al 83 Manzanilla, José Matías (1903). Ob. Cit., p. XXIII. 84 García Calderón, Francisco (2001). Ob, cit, p. 251. 85 Basadre, Jorge; Ferrero, Rómulo A. (1963). Historia de la Cámara de Comercio de Lima. p. 52. 43 régimen cacerista. Así fue como Piérola terminó con el fundamento mismo de la tributación colonial que había sobrevivido con intermitencias a lo largo de todo el siglo XIX, en la pretensión de cortar el soporte financiero a sus adversarios. Sin embargo, hubo necesidad de reemplazarlo y este fue un impuesto regresivo a la sal, que pesó tremendamente sobre las espaldas de los campesinos, al grado que motivó extensas revueltas agrarias en el departamento de Ayacucho, en las provincias de Huanta y La Mar. Esta nueva recaudación era cobrada directamente por el gobierno central y sus frutos permanecían en la caja central del Estado. 86 La institución de arrendar anticipadamente el pago de impuestos, antigua práctica colonial, fue reemplazada por una agencia recaudadora privada que contrató a largo plazo con el Estado: la Sociedad Recaudadora, que sería luego la Caja de Depósitos y Consignaciones en 1905, con larga trayectoria hasta dar origen al Banco de la Nación durante el primer gobierno de Fernando Belaunde. Los efectos benéficos sobre el erario público fueron inmediatos. La Caja de Depósitos estuvo formada por los bancos que eran sus accionistas, y la Dirección de Recaudaciones del Ministerio de Hacienda se organizó como una oficina con funciones de regulación, normativas y de fiscalización de la labor de la Caja de Depósitos. También fue creado el Ministerio de Fomento que modernizó la legislación de minas y comercio. Se organizaron las sociedades empresariales más importantes: comercio, minería, industrial y agraria. Tanto las normas como la sociedad civil empresarial dieron impulso a la modernización del Estado.⁸⁷ Con Piérola se había dado inicio a la República Aristocrática. Mesia (1987) sostuvo que el pensamiento constitucional en el Perú del siglo XIX basaba su discusión principal en el dilema de las raíces filosóficas, sobre el origen, naturaleza y ejercicio de la soberanía. Durante casi 60 años 86 Zapata Velasco, Antonio. (2006). Instituciones de control del Estado peruano. Historia y políticas en la CGR, SBS y SUNAT, p.10. 87 Ibídem, p.11. 44 habían predominado las tesis de Heineccio, que al ser refutadas, Bartolomé Herrera propició el

surgimiento de un cuerpo de doctrina constitucional. El debate principal giró en torno a la legitimidad del poder, caracterizándose de la siguiente manera: a) El pensamiento constitucional es tributario de Europa y sus concepciones van en busca de una conciliación entre lo republicano y lo monárquico; b) su fundamento se basa en la naturaleza sociable otorgada por Dios al hombre, siendo objetivo y finalidad del Estado realizar el bien común; c) tal concepción supone la supremacía del poder legislativo sobre el individuo, por lo que la Constitución se limita a regular, ordenar, moderar la actividad de los poderes; y d) el control de la constitucionalidad no es una propuesta firme, se proyecta en la conformación de poderes conservadores o neutros para modelar la regulación jurídica del Estado. 88 Culminada la revisión del siglo, cabe preguntarse ¿Para qué se fundó la República?, cuestión formulada por Basadre (1945) que le llevó a responderse de la siguiente manera: “Para cumplir la promesa que en ella se simbolizó. Y en el siglo XIX una de las formas de cumplir esa promesa pareció ser durante un tiempo la preocupación ideológica por el Estado y más tarde la búsqueda exclusiva del desarrollo material del país. En el primer caso, el objetivo por alcanzar fue el Estado eficiente; en el segundo caso, fue el país progresista. Más en la promesa alentaba otro elemento que ya no era político ni económico. Era un elemento de contenido espiritual, en relación con las esencias mismas de la afirmación nacional”.

ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN

Cabe señalar, que hasta la fecha no existe investigación alguna que tome como objeto específico de estudio, a “La Tutela Penal del Derecho al Acceso a la Información Pública y las Modificaciones Legislativas que Requiere para mejorar su Eficacia”. No obstante es conveniente reseñar, en calidad de antecedentes mediatos, las investigaciones referentes al Derecho de Acceso a la Información Pública. Encontramos así la Tesis Doctoral de, Hernández (2010), que arriba a importantes conclusiones, como; que el derecho de acceso a la información pública, es parte del núcleo del derecho a la información, y que todo Estado que se considere democrático debe garantizarlo, a favor de cualquier persona. Concluye también, señalando, que ante el incumplimiento de atender las solicitudes de acceso es necesario un sistema efectivo de sanciones para los servidores públicos que restrinjan el derecho de acceso a la información. 25 También tenemos, la Tesis presentada por; Cañas, Menjivar y Rojas (2012), quienes concluyeron que, el derecho al acceso a la información pública, es un derecho fundamental en sí mismo, presupuesto del ejercicio pleno del derecho a la libertad de expresión, elemento indispensable de la democracia. Para ser efectivas, las leyes de acceso a la información deben ser reforzadas por instituciones que garanticen el cumplimiento obligatorio del derecho. 2.2. Sustento Teórico.

2.2.1. Derecho penal.

Según Hurtado (1987), el derecho penal es un medio de control social, utilizado para controlar, orientar y planear la vida en común. También se la define como: “conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor” (Zaffaroni, 1998, p. 24). Por otro lado, Jiménez (2005) manifiesta que el derecho penal es el: Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presu 26 a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”. El derecho en general puede entenderse desde una perspectiva objetiva o subjetiva, entonces, aplicada al derecho penal se entendería, según Mir (2003): como el conjunto de normas que regulan la específica parcela del comportamiento humano propia de su disciplina y la facultad del Estado de dictar y aplicar dichas normas, respectivamente.

2.2.1.1. Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho.

El Estado social y democrático de derecho, supone el encuadramiento normativo de la totalidad de la actividad del Estado, vale decir, la sumisión de los poderes públicos a la Constitución. Se fundamenta en los principios, de libertad, propiedad individual, igualdad, seguridad jurídica, soberanía popular, división de poderes o funciones supremas del Estado y el reconocimiento de los derechos fundamentales. A los cuales, imprime funciones de carácter social, dotándoles de una base y un contenido material mínimo. Para “lograr la plena participación de los ciudadanos en el proceso político y en los beneficios económicos” (Díaz, 2012, p. 68). El sistema jurídico de este tipo de Estado, trasciende la regulación formal, y exige que sus contenidos axiológicos se plasmen en la vida cotidiana (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 08-2003). Entonces, el Derecho Penal debe estructurarse, desarrollarse y aplicarse respetando el marco jurídico constitucional. 27 El Derecho Penal debe procurar, una convivencia armónica y el bienestar general cumpliendo las garantías mínimas que la Constitución reconoce a toda persona. Orientando la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad, entre otros. En definitiva, el Derecho Penal, en un Estado social y democrático de Derecho, desde tutelar los bienes jurídicos fundamentales para la vida social frente a los ataques más intolerables.

2.2.1.2. Tutela penal de bienes jurídicos.

Generalmente, cuando se alude a la función del Derecho Penal, caracterizado éste como sistema de control social, suele destacarse su misión de prevenir y reaccionar contra los hechos delictivos. Ahora bien, por su propia condición de ultima ratio, de último recurso en la protección de la vida humana en sociedad, no le incumbe intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino tan sólo en los casos de ataques más graves a bienes jurídicos trascendentales y cuando se hayan mostrado insuficientes las barreras protectoras erigidas por el orden social y las demás ramas del ordenamiento jurídico. En definitiva, la misión del Derecho Penal, en un Estado social y democrático de Derecho, es, la protección de los bienes jurídicos 28 fundamentales para la vida social frente a los ataques más intolerables.

2.2.1.3. Principios limitadores de la potestad punitiva del Estado.

En el Estado Constitucional, el Derecho Penal, viene redimensionado por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 12-2006). El legislador no tiene una “discrecionalidad absoluta” para establecer las

conductas que puedan resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales previstas en la Constitución. Entre ellos, los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado como legalidad o lesividad, así como no limitar derechos fundamentales u otros bienes constitucionales de modo desproporcionado. La relevancia constitucional de las funciones preventivo generales de la pena, se derivan del deber estatal de “...proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia...” (Const., 1993, art.) y el derecho fundamental a la seguridad personal(Const. 1993, inc. 24, art. 2) en su dimensión objetiva (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 19- 2005). En consecuencia, las penas, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general. 29 En atención a ello, una medida dictada en el marco de la persecución penal estatal será inconstitucional no sólo si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas, sino también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho. En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho” (Tribunal Constitucional del Perú, exp.19-2005). Conforme a lo expuesto, estaremos ante una actuación inconstitucional del legislador cuando la norma penal contenga una intervención excesiva en un derecho fundamental, pero también se presentará una situación inconstitucional si la norma penal no prevé una protección suficiente de los bienes constitucionales que pretende proteger. Al respecto, resulta pertinente citar lo ya referido por el Tribunal Constitucional del Perú, en el sentido de que: “(...) el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infra 30 penalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados” (exp. 14-2006). Entonces, es posible señalar que si bien la decisión político criminal de perseguir penalmente una conducta o dejar de hacerlo constituye atribución exclusiva del legislador, dicha decisión debe respetar el marco constitucional.

2.2.1.4. Margen de acción del legislador.

No se trata tampoco de que la sola existencia de un bien jurídico a ser protegido genere per se la necesidad de recurrir a la sanción penal para protegerla. Ello, no solo porque la sanción penal es la última ratio, lo que tiene como correlato constitucional el determinar que solo es posible recurrir a la restricción de derechos (libertad personal) cuando no sea posible lograr los mismos fines a través de medidas menos restrictivas, sino también porque el legislador goza de un razonable margen de discrecionalidad dentro de lo constitucionalmente posible (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 4235-2010), lo contrario, es decir, que la propia justicia constitucional termine decidiendo en todos los casos si se debe o no penalizar, resultaría atentatorio del principio democrático, por desconocer el margen de discrecionalidad del que goza el legislador. Al respecto, cabe reiterar que lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario, lo que está prohibido por la Constitución, es constitucionalmente imposible y lo que la 31 Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible. (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 4235- 2010). En suma, el poder del Legislador para configurar tipos penales no es absoluto sino que debe respetar el marco constitucional. Por ello, el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de un razonable margen de discrecionalidad pero se encuentra vinculado por los principios y valores de la Constitución, lo que posibilita el control constitucional.

2.2.1.5. El principio de legalidad penal.

El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal “d” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, mediante la siguiente fórmula: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)”. Asimismo, ha sido recogido por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11°, numeral 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9°) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15°). El principio de legalidad penal se expresa en exigencias, en primer lugar, dirigidas al legislador. Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos 32 sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados. Por ello, en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa

aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador, y no al Juez. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad (Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Y Caso Castillo Petrucci vs. Perú). El principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex previa*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).³³ Conforme a la exigencia de *lex previa*, el principio de legalidad penal prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo, claro está, cuando beneficie al reo. Así lo establece el artículo 103° de la Constitución, según el cual “(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...)”. Conforme a la exigencia de *lex stricta*, el principio de legalidad penal prohíbe el uso de la analogía. Así lo establece el artículo 139° inciso 3 de la Constitución, según el cual, “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”. En cuanto a la exigencia de *lex certa*, el principio de legalidad penal exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “expresa e inequívoca”, (...) El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.³⁴ Esta exigencia de “*lex certa*” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación,

mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad (...). En cuanto a la exigencia de *lexscripta*, el principio de legalidad consagra a la ley como única base para la incriminación de comportamientos e imposición de penas, proscribiendo, entre otros aspectos, fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario.

2.2.1.6. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como ilícita, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 19-2005). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría j 35 Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional de España, que: Que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho (Tribunal Constitucional de España, sent. Constitucional 105-1998). De este modo, dentro de los límites que la Constitución establece, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario, entre otros, sino también que la actividad punitiva del Estado sirva para la exclusiva protección de bienes constitucionalmente relevantes. Si bien en la identificación de los niveles de protección de los bienes constitucionalmente relevantes es importante evaluar la dañosidad social de las conductas que pongan en peligro o afecten tales bienes, también lo es evaluar, dentro de esta dañosidad social, que el objeto de esta protección penal exprese necesariamente las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante su participación en la sociedad. Como afirma Luzón (1996), los bienes jurídicos son: Condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto 36 en sus relaciones con la sociedad). Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales,

relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica (p.327).

2.2.1.7. El principio de proporcionalidad como límite a la libertad de configuración legislativa en materia penal.

El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución, por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad. Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien 37 constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal. El principio de proporcionalidad, en tanto presupuesto de necesaria evaluación por parte de los poderes públicos cuando pretendan limitar un derecho fundamental, exige examinar adecuadamente los siguientes subprincipios: a) si la medida estatal que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si la medida estatal es estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida estatal.

2.2.1.8. Examen de idoneidad.

Este examen a su vez, exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin. En cuanto a lo primero, se debe verificar la existencia de

un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación va a ser uno de los ámbitos en los que se va a manifestar el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad. En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico, justifican que este bien sea merecedor de protección por parte de Estado.

2.2.1.9. Examen de necesidad.

Significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 50- 2004). En materia penal, el examen de necesidad exige que el Legislador estime, ineludiblemente, el carácter fragmentario del Derecho Penal. Al respecto, cabe precisar que aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración. Como sostiene Hurtado (2005), que: El recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia a respetar debido a que la sanción penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Sólo debe recurrirse a éste medio cuando sea en absoluto necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sean alcanzables mediante otras previsiones (p.47). De este modo, en el Estado Constitucional, el derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tan preciado como la libertad individual, sólo debe ser utilizado cuando no funcionen ya otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, o de otras especialidades del ordenamiento jurídico). En otros términos, antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar

mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración de los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Sólo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas.

2.2.1.10. Examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Este subprincipio exige que exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de modo tal que el primero de estos deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda. De este modo, el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo indispensable que deberá tener en cuenta, entre otros, el legislador penal cuando pretenda limitar los derechos fundamentales o establecer sanciones, así como el juez penal cuando al aplicar la ley determine la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que corresponda en cada caso concreto. En ambos casos, las decisiones adoptadas, ya sea legislativa o judicial, deben resultar idóneas, necesarias y ponderadas respecto de la conducta que ponga en peligro o lesione el bien jurídico protegido. Como sostiene Hassemer (1997), se puede afirmar que el principio central en un Derecho de la intervención como es el derecho penal, es el de proporcionalidad de las intervenciones, que deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso.

2.2.1.11. Fines constitucionales de la persecución penal de los delitos de corrupción.

La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el “correcto funcionamiento de la administración pública”. Así, la intervención en derechos fundamentales (vgr. Libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal “De la Función Pública”. Se entiende que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación...”, subyace el principio de “buena administración” (Tribunal Constitucional del Perú. exps. 2235 y 2234- 2004). A su vez, conforme al artículo 44° de la Constitución que establece que “son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la

justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 08-2005). A su vez, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción se advierte que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (Cfr. exp. 1271-2008 y 019-2005), por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atentan contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. A su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que se deduce de los artículos 39° y 41° de la Constitución. Así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución. Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que: “la Democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.

2.2.2. Derecho al acceso a la información pública.

El derecho de acceso a la información pública establecido en el artículo 2 inciso 5 de la Constitución, tiene como objeto el acceso a información pública existente y en poder de la administración pública, en forma oportuna, incondicional y completa.

2.2.2.1. Características del derecho de acceso a la información pública.

El derecho de acceso a la información que obra en poder de las entidades públicas comprende la facultad de obtener información cierta, actual, precisa y completa, es decir, una entrega parcial y falsa no satisface las exigencias constitucionales del mismo. En su faz positiva (...) impone a los órganos de la Administración pública el deber de informar, mientras que en su faz negativa, exige que la información que se proporcione no sea falsa, incompleta, fragmentaria, indiciaria o confusa. Además, se trata de un derecho instrumental, pues a través de su ejercicio permite satisfacer otros derechos (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 1797-2002). Aunque presenta similitudes con los derechos de información y petición, se trata de un derecho autónomo cuyo contenido

es distinto y que cuenta con un proceso constitucional específico (hábeas data) para su tutela. Se distingue del derecho de información en que el objeto del mismo se agota en obtener la información (copias, videos, etc.) que obra en poder de entidades públicas. En cambio, el objeto de la libertad de información es más amplio pues comprende los derechos “a) a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de comunicación; derecho que a su vez comprende el de buscar y obtener información (aspecto activo); y, b) a recibir información en iguales condiciones (aspecto pasivo)” (Espín, 1991) y no se circunscribe a las entidades públicas, sino que comprende la información con las que cuentan los sujetos privados. 44 De otro lado, aunque existe una mayor similitud con el derecho de petición (Const., 1993, art. 2 inc. 20) presenta una diferencia sustancial pues este consiste en solicitar a la autoridad competente algo a lo que no necesariamente se tiene derecho, y la autoridad sólo está obligada a responder en el plazo de ley. Comprende dos aspectos: “el primer aspecto es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente; y, el segundo, unido irremediamente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante” (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 1042-2002). En cambio, tratándose del derecho de acceso, el solicitante siempre tiene derecho a la información solicitada salvo que exista una excepción justificada y la autoridad se encuentra obligada no sólo a responder sino a entregarla. Es “una modalidad o concreción del derecho de petición” (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 1797- 2002). Así, el texto constitucional ha querido dotar al Derecho de Acceso a la Información Pública de autonomía, aunque guarde vinculaciones estrechas con otros derechos.

2.2.2.2. Dimensiones del derecho al acceso a la información pública.

Se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita que los individuos, aisladamente considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 1797-2002).

También, tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática (Tribuna Constitucional del Perú, exp. 2579-2003). De ahí la indudable relación entre el acceso a la información y el principio democrático, y la condición de libertad preferida. Esta afirmación no significa que haya derechos más importantes que otros (jerarquía de derechos) sino que exige un control jurisdiccional más intenso para determinar la validez de sus posibles restricciones. De esta manera, un Estado democrático debe reconocer y respetar el derecho fundamental de las personas a solicitar y obtener la información que obra en su poder y poner a disposición de la ciudadanía en forma accesible todos los datos relacionados con la gestión de los asuntos públicos. Y es que la transparencia en la actuación de la administración pública contribuye a combatir la corrupción y produce una mayor confianza de la ciudadanía en sus autoridades públicas. Asimismo, al facilitarse la fiscalización de la gestión pública, se logra una participación informada y se fomenta una vigilancia ciudadana conocedora de lo que ocurre en el Estado.

2.2.2.3. Información pública.

La información que se puede solicitar a una entidad pública puede haber sido producida por ella o encontrarse en su poder aunque no la haya producido directamente. Así lo dispone la Ley según el cual: Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Asimismo, para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley 27806-2002, art. 10). El Tribunal Constitucional en Exp. N° 2579-2003-HD/TC- Lambayeque F.J. N° 12, ha cuestionado los alcances del segundo párrafo de dicha norma al señalar que: 47 La exigencia de que la documentación se encuentre financiada por el presupuesto público es irrazonablemente restrictiva de aquello que debe considerarse como información pública. Lo realmente trascendental, a efectos de que pueda considerarse como información pública, no es su financiación, sino la

posesión y el uso que le imponen los órganos públicos en la adopción de decisiones administrativas, salvo, claro está, que la información haya sido declarada por ley como sujeta a reserva. Resulta importante esta precisión frente a la limitada redacción del artículo 10° de la Ley que circunscribe la información pública a su financiamiento por el presupuesto público, pues aclara que el citado criterio legal es importante más no determinante para decidir cuándo una información es pública. En ese sentido, conviene recordar que, en estricto, toda la información en poder de las administraciones se rige por el principio de publicidad, según el cual, la información en poder del Estado se presume pública. De esta obligación general de publicidad y su correspondiente presunción, se deriva que la obligación de entregar información por parte de las entidades se genera con la mera posesión de la información solicitada. Además, el artículo 13° de la Ley dispone que “la solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido”. Y agrega que “tampoco permite que los solicitantes exijan a 48 las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean”. Es decir, este derecho comprende la posibilidad de solicitar y obtener información que exista en una entidad pública o que debería existir, más no permite exigir que se cree nueva información o que la misma sea analizada por la entidad pública. En este sentido, en ejercicio de este derecho se puede obtener información relativa a la estructura remunerativa de los niveles, montos, números de funcionarios y empleados de entidades públicas (Tribuna Constitucional del Perú, exp.1071-98); documentos contenidos en los protocolos y archivos de un Notario Público (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 301-2004); informes y evaluaciones efectuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura de magistrados no ratificados (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 2579-2003), entre otras. Ahora bien, si la entidad requerida no posee la información, pero conoce su ubicación y destino, sea porque la poseyó o por cualquier otra razón, el literal b) del artículo 11° del TUO de la Ley N° 27806, le exige informar de estas circunstancias al solicitante. De este modo, se debe identificar a la entidad de destino o que posee la información y ciertamente indicar el documento con el que fue remitida. Ahora bien, esta obligación de información debe complementarse con lo establecido en los artículos 82° y 130° de la Ley N° 27444, Ley del procedimiento administrativo general. 49 El primero de ellos establece el supuesto de declinatoria de competencia por parte de algún órgano administrativo que se considere incompetente para la tramitación de un asunto,

que en este caso sería una solicitud de acceso a la información. Dicho artículo 82° señala que en estos casos, el órgano administrativo deberá remitir directamente las actuaciones al órgano que considere competente, con conocimiento del administrado. A su turno y siguiendo esta misma lógica, el mencionado artículo 130° dispone que cuando las entidades reciban escritos, en nuestro caso solicitudes de acceso a la información, respecto de los cuales estimen que son incompetentes, deberán remitirlos directamente a la entidad que consideren competente, comunicando dicha decisión al administrado. En caso de no tener certeza respecto de la entidad competente, deberá comunicarse ello al ciudadano a efectos de que adopte la decisión que mejor convenga a su derecho. Cabe agregar, que a veces se presentan interpretaciones peculiares cuando se solicita información contenida en expedientes administrativos, pues suele decirse que ella se encuentra regulada por la Ley del procedimiento administrativo general, Ley N° 27444, y en consecuencia sólo pueden solicitarlas quienes son parte en el procedimiento y no un tercero. Esta restrictiva interpretación ha sido superada por el Código Procesal Constitucional, cuyo artículo 61° inciso 1 precisa el contenido del derecho de acceso a la información, que es tutelado por el hábeas data, indicando que dentro de la información pública están incluida aquella que “obra en expedientes 50 terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder”.

2.2.2.4. Transparencia y principio de publicidad.

Es relevante mencionar que el artículo 3° de la Ley acoge expresamente el principio de publicidad, que identifica a todo Estado democrático, y además establece una presunción al señalar en su inciso 1) que “Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por (...) la presente Ley”. “La publicidad en la actuación de los poderes públicos constituye la regla general, y el secreto, cuando cuente con cobertura constitucional, la excepción” (Tribunal Constitucional del Perú, exp. 2579-2003). En consecuencia, ante la existencia de una duda razonable sobre si la información es pública o no lo es, debe presumirse lo primero. Con ello se pretende dejar atrás una tradición inversa, según la cual ante la duda el funcionario público prefiere no entregar la información solicitada o pedir autorización expresa para hacerlo.

2.2.2.5. Procedimiento de acceso y costo.

El artículo 11 de la Ley regula el procedimiento de acceso, precisando que la entidad pública deberá brindar la información solicitada en un plazo no mayor de siete días útiles, el cual se podrá prorrogar en forma excepcional por cinco días adicionales, si existen 51 circunstancias que hagan inusualmente difícil reunir la información solicitada. De no mediar respuesta en los plazos establecidos, el solicitante puede considerar denegado su pedido. Un aspecto relevante el artículo 12 al indicar que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, las entidades de la Administración Pública permitirán a los solicitantes el acceso directo y de manera inmediata a la información pública durante las horas de atención al público”. Es decir, existe información que debería entregarse de inmediato sin necesidad de esperar el plazo antes indicado. Por ejemplo, supongamos que se solicita el T.U.P.A. de una institución pública. El artículo 20 de la Ley según el cual el solicitante sólo debe abonar “el importe correspondiente a los costos de rep 52 la reproducción”. De esta manera, la Ley pretende facilitar el acceso a la información pública, evitando costos exagerados como en diversas ocasiones ha ocurrido en el país.

2.2.2.6. Excepciones al acceso a la información pública.

El derecho de acceso a la información pública no es absoluto. De acuerdo con el artículo 2º inciso 5 de la Constitución, las excepciones a su ejercicio pueden estar referidas a informaciones que afectan la intimidad personal, la seguridad nacional, el secreto bancario, la reserva tributaria y las que expresamente se excluyen por ley. Ni siquiera la condición de libertad preferida de la que goza el derecho de acceso a la información hace de ella un derecho constitucional que no pueda ser objeto de limitaciones. Como se encarga de recordar el propio inciso 5) del artículo 2º de la Constitución, su ejercicio no es absoluto, sino que está sujeto a límites o restricciones que se pueden derivar, ya sea de la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos de la misma clase (derecho a la intimidad personal), o bien por la necesidad de salvaguardar bienes constitucionalmente relevantes (la seguridad nacional), y siempre que éstas hayan sido expresamente previstas por ley. En consecuencia, sólo a través de una ley, nunca de un reglamento, pueden establecerse las excepciones legítimas a este derecho fundamental. Esta última es, precisamente, la Ley 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la cual inicialmente fue cuestionada por no haber sido lo suficientemente 53 precisa al regular las excepciones. Tal situación fue corregida por la Ley 27927 la cual desarrolla de mejor manera las excepciones al acceso a la información, especialmente aquellas referidas a la seguridad nacional.

2.2.2.7. Información secreta, reservada y confidencial.

La Ley vigente distingue tres tipos de información: a) secreta, ámbito militar y de inteligencia (artículo 15), b) reservada, ámbito policial y de relaciones exteriores (artículo 16), y c) confidencial, intimidad, secreto bancario, reserva tributaria, etc. (artículo 17). Además, establece un plazo de clasificación y un procedimiento de desclasificación. Por su parte, el Reglamento establece un registro de la información de acceso restringido (artículo 20). La Ley ha pretendido dejar atrás un esquema de clasificación ambiguo e impreciso como el que existía hasta antes de su vigencia. Así por ejemplo, el concepto de seguridad nacional fue utilizado de manera exageradamente amplia, tal como se aprecia de los manuales de clasificación de información de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que acogieron criterios injustificados para mantener en reserva la información que tenían en su poder. Dichos manuales utilizaron hasta cinco tipos de clasificación de información que no era de acceso público (secreta, estrictamente secreta, reservada, estrictamente reservada y confidencial). Tales clasificaciones han sido superadas por la actual Ley de acceso a la información.

2.2.2.8. Control de la negativa a brindar información.

El artículo 18 de la Ley señala que “la información contenida en las excepciones señaladas en los artículos 15, 16 y 17 son accesibles para el Congreso de la República, el Poder Judicial, el Contralor General de la República y el Defensor del Pueblo”. De esta manera se garantiza el control de la información clasificada como secreta, reservada o confidencial. En el Perú no se ha optado por el modelo que existe en otros países que cuentan con administraciones independientes que resuelven sobre las negativas a las solicitudes de acceso a la información. En México, por ejemplo, existe el Instituto federal de acceso a la información pública (IFAI), introducido por la Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental, publicada en el diario oficial el 11 de junio de 2002 (INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, 2003.). Una alternativa similar no fue planteada en el Perú, probablemente por elevado costo que implica crear una nueva entidad pública y, porque se estimó que parte de su labor podía ser desarrollada por la Defensoría del Pueblo. El parámetro del control que permite determinar si la información es pública o no lo es, debe guiarse por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Tratándose, sin embargo, de intervenciones estatales sobre cualquiera de las libertades preferidas, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan en ella no sólo se encuentren sujetos a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los

principios de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que en él inciden carecen, prima facie, de la presunción de constitucionalidad. El solo hecho de que una norma o un acto administrativo, como en el presente caso, atribuya o reconozca la condición de seguridad nacional a una información determinada, no es razón suficiente, en términos constitucionales, para denegar el acceso a la misma; por el contrario, es siempre indispensable examinar si la información calificada de reservada reviste realmente o no tal carácter, acudiendo para tal efecto al principio constitucional de razonabilidad. Es decir, para calificar una información como secreta, reservada o confidencial no basta con que exista una norma legal o una decisión administrativa que así lo determine. Lo relevante es determinar si la negativa a entregar la información respeta los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

2.2.2.9. Responsabilidad por la negativa arbitraria de brindar información.

El Decreto Supremo 018-2001-PCM, que regulaba un procedimiento de acceso a la información pública, actualmente derogado, señaló que el incumplimiento de lo establecido en dicha norma por funcionarios o servidores de las entidades del sector público daba origen a las sanciones establecidas en la Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público y en el 56 Texto Único Ordenado de la Ley de productividad y competitividad laboral. Esto se dispuso porque constituye un deber de la administración y de las autoridades, funcionarios y servidores públicos otorgar la información requerida por cualquier persona, salvo cuando dicha información se encuentre dentro de las excepciones taxativamente previstas en la Constitución o en leyes especiales. En la actualidad, el artículo 4 de la Ley de transparencia y acceso a la información pública señala que, los funcionarios o servidores públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere esta Ley serán sancionados por la comisión de una falta grave, pudiendo ser incluso denunciados penalmente por la comisión de delito de Abuso de Autoridad a que hace referencia el Artículo 376° del Código Penal. El citado artículo del Código Penal establece que “El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta día-multa”. Resultaba indispensable establecer responsabilidades y sanciones ante el incumplimiento de las obligaciones establecidas por la citada ley para evitar la subsistencia de una cultura del secreto. Y es que, bien afirma Villanueva (2004), “un derecho sin sanciones correlativas al deber que implica suele quedarse en buenas intenciones, sobre todo en las democracias

emergentes” (p. 46). 57 Sin embargo, nos parece que la norma no ha sido lo precisa que hubiera sido deseable para establecer las sanciones que en estos casos resulte. En todo caso, hasta el momento se desconoce si en la actualidad un funcionario público haya sido sancionado por incumplir con brindar la información solicitada.

2.2.2.10. Hábeas data y tutela del derecho de acceso a la información pública.

Conforme lo dispone el artículo 200 inciso 3 de la Constitución el hábeas data procede frente al hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza el derecho de acceso a la información pública, reconocido por el artículo 2 inciso 5, y el derecho a la autodeterminación informativa previsto por el artículo 2 inciso 6 de la Constitución. Cabe indicar que un sector de la doctrina ha calificado al proceso que tutela el derecho de acceso a la información pública como “hábeas data impropio” (Pucinnelli, 1999. p. 219.), pues dicho proceso suele circunscribirse a proteger exclusivamente el derecho a la autodeterminación informativa. Antes de la reforma constitucional efectuada a través de la Ley 26470, el hábeas data también procedía en defensa del derecho al honor, la buena reputación, la intimidad, la voz, la imagen, y la rectificación de informaciones inexactas o agraviantes difundidas por los medios de comunicación (artículo 2 inciso 7). Ello, sin duda, desnaturalizaba a dicho proceso. 58 La Ley 26301, publicada el 3 de mayo de 1994, estableció el procedimiento del hábeas data. Se trató de un esfuerzo transitorio, aunque su vigencia superó los diez años, coyuntural e incompleto que, si bien aclaró algunos aspectos (competencia, aplicación supletoria del procedimiento del amparo, etc.), confundió otros. Consideraba como “vía previa” la obligación de remitir una carta notarial al agresor antes de presentar la demanda, cuando ella cuenta con naturaleza propia (por lo general, es la vía administrativa) y no puede confundirse con una carta notarial. Además, dicha Ley dio a entender que no sólo se requiere agotar la vía administrativa sino que luego debería acudir a la vía notarial para recién poder presentar una demanda de hábeas data. Todo ello, retardaba el acceso a la justicia y perjudicaba económicamente al afectado (Soria, 2003, p. 12.).

2.2.2.11. Los aportes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

A nivel jurisprudencial puede apreciarse que hasta el momento el hábeas data ha sido muy poco utilizado. Basta mencionar que desde que el Tribunal Constitucional se instaló hasta la fecha ha dictado aproximadamente treinta sentencias, en su mayoría respecto al derecho de acceso a la información pública (DEFENSORÍA DEL PUEBLO,

2004). Sin embargo, se aprecia un cierto incremento durante el período 2003-2004 pues ingresaron al Tribunal Constitucional veinte procesos como lo ha informado su Presidente. Incluso, en contadas ocasiones el Tribunal ha ido perfilando los 59 alcances del derecho a la autodeterminación informativa (Luna 2003, p. 23.). A través de este proceso se ha obtenido información elaborada por empresas privadas (estudios de impacto ambiental) que obran en poder de una entidad pública, legajos personales, estructuras remunerativas, planos que complementan una resolución administrativa, información (cargos) sobre un procedimiento administrativo, e incluso sobre evaluaciones de personal en el sector público y de magistrados no ratificados, etc. Una sentencia particularmente relevante fue aquella dictada por el Tribunal Constitucional, en la demanda interpuesta por Julia Eleyza Arellano Serquén (Exp. N° 2579-2003-HD/TC) pues se acogió por vez primera la doctrina colombiana sobre el estado de cosas inconstitucional extendiendo los alcances de su sentencia al obligar al Consejo Nacional de la Magistratura a entregar la información solicitada no sólo a la demandante sino también a los magistrados no ratificados que la soliciten.

III. MARCO TEÓRICO

LEGISLACIÓN NACIONAL

El movimiento internacional de los derechos humanos se fortaleció con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Redactada como “un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, en la Declaración, por primera vez en la historia de la humanidad, se establecen claramente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar. A lo largo de los años lo establecido en la Declaración ha sido ampliamente aceptado como las normas fundamentales de derechos humanos que todos deben respetar y proteger. La Declaración Universal, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, forman la llamada “Carta Internacional de Derechos Humanos”.

Una serie de tratados internacionales de derechos humanos y otros instrumentos adoptados desde 1945 han conferido una base jurídica a los derechos humanos inherentes y han desarrollado el conjunto de derechos humanos internacionales. En el plano regional se han adoptado otros instrumentos que reflejan las preocupaciones específicas en materia de derechos humanos de la respectiva región, y en los que se establecen determinados mecanismos de protección. La mayoría de los Estados también ha adoptado constituciones y otras leyes que protegen formalmente los derechos humanos fundamentales. Si bien los tratados internacionales y el derecho consuetudinario forman la columna vertebral del derecho internacional de derechos humanos, otros instrumentos, como declaraciones, directrices y principios adoptados en el plano internacional contribuyen a su comprensión, aplicación y desarrollo. El respeto por los derechos humanos requiere el establecimiento del estado de derecho en el plano nacional e internacional.

El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que los Estados deben respetar. Al pasar a ser partes en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar,

proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.

A través de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes dimanantes de los tratados. En caso de que los procedimientos judiciales nacionales no aborden los abusos contra los derechos humanos, existen mecanismos y procedimientos en el plano regional e internacional para presentar denuncias o comunicaciones individuales, que ayudan a garantizar que las normas internacionales de derechos humanos sean efectivamente respetadas, aplicadas y acatadas en el plano local.

La ONU

Organización de las Naciones Unidas (ONU), es un organismo internacional con sede en la ciudad de Nueva York, EEUU. Esta organización adquiere su existencia en razón de la necesidad de “trabajar” la paz mundial por parte de los países que habían sido víctimas de los estragos de la guerra.

Representantes de los Estados Unidos, Unión Soviética, Francia, Inglaterra y China se reúnen, entre agosto y octubre de 1944, en Dumbarton Oaks, cerca de Washington. Allí se celebró una conferencia en donde se establecieron las bases programáticas de las Naciones Unidas.

La parte introductoria de la Carta de las Naciones Unidas, constituye una hermosa declaración de principios, especie de catálogo de elevadas intenciones, para crear un clima de armonía mundial, de paz, concordia y entendimiento entre los países que conforman el abanico de las Naciones Unidas.

Propósitos y Principios de la ONU

Mantener la paz y la seguridad internacionales.

Fomentar, entre las naciones, relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos.

Realizar la cooperación en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

La Paz

Uno de los signos relevantes de nuestros tiempos es la guerra, la violencia y las crisis. En este siglo XX, recién concluido, hemos padecido dos guerras mundiales y el proceso de violencia no se ha detenido.

Hemos conocido nuevas formas de lucha con otros nombres: Guerra Fría, guerras de liberación nacional, guerrilla urbana, terrorismo, etcétera. Vivimos en un mundo armado hasta los dientes. Se gastan muchos millones de dólares en armamentos de toda clase: atómicos, biológicos, químicos, etcétera, suficientes para arrasar con toda forma de vida sobre la Tierra.

La búsqueda de la paz, hoy por hoy, está más que justificada. La vida sobre la faz de la Tierra estaría expuesta a su aniquilamiento total si se llegase a librar una confrontación bélica con las mortíferas armas de las que disponen en la actualidad las grandes potencias nucleares.

La violencia sigue estando a la orden del día en muchas partes del mundo.

Hace poco tiempo ya casi es recuerdo se hablaba de que existía una bomba que “sólo mata gente”. Un invento macabro, sin lugar a dudas, proveniente de algún genio del mal. El mortífero artefacto parecía tener la propiedad de acabar al instante con el hombre y dejar intacta la estructura material de una casa o un edificio. Sigue habiendo mucho soñador de desastres a la vuelta de la esquina.

La paz está sujeta a continuos cambios. Para alcanzarla debemos trabajarla todo el tiempo. La paz es obra de la justicia. Sólo podrá nacer del amor y respeto al prójimo. Somos dignos porque nos merecemos lo que por razón o justicia nos corresponde. Si respetásemos la dignidad de la gente, otra sería la cara del mundo. Las desigualdades sociales son verdaderas fuentes de conflicto que atentan contra la paz.

JURISPRUDENCIA

Delito de lesa humanidad y principio de la dignidad humana 1. "De esta manera, en primer lugar, un crimen de lesa humanidad no se presenta como consecuencia de la violación de cualquier derecho fundamental, sino sólo como consecuencia de la violación de algunos de ellos. Aunque la determinación de cuál sea el núcleo duro de los derechos cuya afectación es requisito indispensable para la verificación de un crimen de lesa humanidad, no es un asunto pacífico, siguiendo lo expuesto en el artículo 7º, inciso 1, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dichos derechos serían, cuando menos, la vida (artículo 2º, inciso 1, de la Constitución), la integridad personal (artículo 2º inciso 1, de la Constitución), la libertad personal (artículo 2º, inciso 24, de la Constitución) y la igualdad (artículo 2º, inciso 2, de la Constitución). Ello guarda correspondencia muy cercana con los derechos protegidos por el artículo 3º común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 (que entró en vigor para el Estado peruano el 15 de agosto de 1956), y con los derechos que no pueden ser suspendidos en su eficacia bajo ninguna circunstancia, reconocidos en el artículo 4º, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que entró en vigor para el Estado peruano, el 28 de julio de 1978). Estos derechos también se encuentran en la lista de derechos no susceptibles de suspensión, prevista en el artículo 27º, inciso 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, aún cuando la lista de este último precepto es claramente más extensa. En segundo término, tampoco basta la violación de este núcleo esencial de derechos fundamentales para dar lugar a un crimen de lesa humanidad. Para ello, es preciso que dicha afectación sea reveladora de un abierto y doloso desprecio por la dignidad de la persona humana. Debe tratarse de actos de singular inhumanidad y gravedad en razón de su naturaleza y carácter, lo cual determina que, por ejemplo, aunque todo homicidio da lugar a la violación del derecho a la vida, no todo homicidio es un crimen de lesa humanidad, sino sólo el que es ejecutado con ferocidad, crueldad o alevosía (asesinato) y en un contexto determinado; o que, aunque toda lesión física o

psíquica ocasionada dolosamente da lugar a una violación del derecho a la integridad personal, no toda lesión a la integridad personal signifique un crimen de lesa humanidad, siendo una de este carácter, por ejemplo, la que implica generación de dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o el sometimiento a condiciones o métodos que anulen la personalidad del individuo o disminuyan su capacidad física o mental, con el fin de castigarla, intimidarla o coaccionarla (tortura), todo ello bajo un contexto determinado. En tercer lugar, para que un acto de las características reseñadas constituya un crimen de lesa humanidad, debe, además, ser ejecutado en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Es éste el factor determinante que hace que la conducta delictiva, que prima facie aún podría revestir la apariencia de un delito común, pase a constituir un crimen de lesa humanidad". (Exp. 00024-2010-AI FJ de 46 a 48) Reconocimiento del agua potable como Derecho Fundamental 2. "Este Colegiado ha tenido la oportunidad de reconocer el derecho fundamental al agua potable. En tal sentido, en el Expediente N° 06534-2006-AA/TC (Fundamento 18) estableció que “el derecho al agua potable, (...) supone primariamente un derecho de naturaleza positiva o prestacional, cuya concretización correspondería promover fundamentalmente al Estado. Su condición de recurso natural esencial lo convierte en un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo no sólo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, sino de otros derechos tan elementales como la salud, el trabajo y el medio ambiente, resultando prácticamente imposible imaginar que sin la presencia del líquido elemento el individuo pueda ver satisfechas sus necesidades elementales y aun aquellas otras que, sin serlo, permiten la mejora y aprovechamiento de sus condiciones de existencia”. En este contexto, ha señalado también que “el impedimento del goce de este elemento no sólo incide en la vida y la salud de la persona, sino que lo hace en el propio derecho a la dignidad. En efecto, existen determinados bienes cuya imposibilidad de acceso, en atención al valor supremo de la persona, puede resultar absolutamente incompatible con las condiciones mínimas e indispensables en las que ella debe estar. Se trata de condiciones cuya ausencia atentaría y negaría radicalmente la condición digna de la persona. La ausencia de estas condiciones mínimas contradice el valor supremo de la persona en una magnitud ostensiblemente grave y, de esa forma, el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1° y 3°, Const.)” (Cfr. Expediente N° 6534-2006-AA/TC, Fundamento 10)". (Exp. 03668-2009-AA FJ 2,3) Proyección universal de la dignidad humana 3. "La dignidad de la persona trae así consigo la proyección

universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de los mismos, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, se negaría el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan y tienen fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas, y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales". (Exp. 06079-2009-AA FJ 5) La dignidad de la persona como soporte de todos los derechos 4. "Es de especial atención la práctica del examen psicológico puesto que sugiere que dentro de la escuela policial se podría llegar a considerar que la homosexualidad es fruto de un trastorno o deficiencia mental, lo cual no es solo un criterio anacrónico y retrógrado, sino violatorio de los derechos a la intimidad, al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la integridad personal del demandante, que se configura como un trato discriminatorio. Al respecto, considero imperativo afirmar que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, una anomalía o una anomalía que deba ser curada o combatida. La homosexualidad, la heterosexualidad o el celibato son opciones sexuales legítimas cuya decisión corresponde única y exclusivamente al fuero íntimo y subjetivo de la persona. El ejercicio de esta libertad, dentro de los límites establecidos por la ley, tiene su razón de ser en el derecho a la intimidad y al libre desenvolvimiento de la personalidad. Por ello, cualquier mecanismo de discriminación que tenga como origen la opción sexual, sea a través de normas, reglamentos, prácticas estigmatizadoras o segregacionistas, así como de un lenguaje ofensivo, es contrario a la Constitución y vulneratorio de los derechos fundamentales de la persona. En segundo lugar, el examen médico (fojas 16), al igual que el peritaje psicológico, es un medio materialmente impropio para demostrar si los alumnos sostuvieron o no relaciones sexuales dentro de la escuela policial; no obstante, sí fue empleado para determinar si los implicados eran o no homosexuales. En la práctica, esta diligencia no aporta nada para determinar si es que los alumnos cometieron la falta grave de tener relaciones sexuales dentro de la escuela policial, sino que se pretende demostrar la homosexualidad, la cual es considerada como una falta grave a la institución. Cabe destacar que en un proceso, sea administrativo o judicial, la autoridad competente tiene a su disposición una amplia gama de medios para determinar la responsabilidad o inocencia de una persona, siempre y cuando estos instrumentos sean empleados respetando el principio de dignidad e integridad de la persona. Para la

Constitución Política, la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, son habilitados por el ordenamiento. Desde el artículo 1° queda manifiesta tal orientación al reconocerse que "la defensa de la persona humana y el respecto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". (Exp. 00926-2007-AA FJ de 22 a 26) Derecho a la autodeterminación reproductiva 5. "El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez]. En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo". (Exp. 02005-2009-AA FJ las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales". (Exp. 02262-2007-AA FJ 10) La dignidad humana de las personas privadas de su libertad 8. "... el principio-derecho de dignidad de la persona humana impide que los internos puedan ser tratados como cosas o instrumentos. Por ello, y dado que la privación de la libertad ubica a los internos en una situación de indefensión, dada la imposibilidad de satisfacer sus necesidades personales por sus propios medios, la defensa de la persona humana y la legitimidad del régimen penitenciario le imponen al Estado el cumplimiento de determinados deberes jurídicos positivos. En el régimen penitenciario el Estado no sólo asume el deber negativo de abstenerse de llevar a cabo prácticas que afecten innecesariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos, sino que también asume el deber positivo de adoptar todas las medidas necesarias y útiles para garantizar la efectividad real de aquellos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos plenamente aun bajo

condiciones de reclusión. En consecuencia los internos no sólo no pueden ser sometidos a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sino tampoco a restricciones que no sean las que resulten necesariamente de las propias condiciones de la privación de la libertad. Por ello, el Estado debe garantizar el respeto pleno de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres". (Exp. 01575-2007-HC FJ de 7 a 9) Autonomía del derecho a la salud y su relación con la dignidad humana 9. "... quizás donde el TC ha de optimizar su posición es respecto a la autonomía del derecho fundamental a la salud. Es cierto que suele estar íntimamente relacionado con otros derechos o bienes jurídicos constitucionales, pero no puede negarse que su contenido es especial, único, exclusivo y excluyente, tal como se ha podido notar en los fundamentos precedentes. De hecho, tiene sustento en el principio de dignidad del ser humano [posición asumida en STC N° 3593- 2005-PA/TC], está íntimamente conectado con el derecho a la vida, sobre todo con la vida digna [fundamento 28 de la STC N° 2945-2003-AA/TC; además, fundamento 27 de la STC N° 2016- 2004-AA/TC y fundamento 43 de la STC N° 3330-2004-AA/TC], tiene una vinculación irresoluble con el derecho a la integridad [fundamento 10 de la STC N° 05954-2007-PHC/TC], y cuenta con una estrecha enlazamiento con el medio ambiente [fundamento 2 de la STC N° 2064-2004- AA/TC, sobre todo en lo relativo a la higiene ambiental]; pero igual debe permitirse su tutela independiente, tal como puede observarse en el presente caso, en el cual por su parte se incorpora el elemento de su conexidad con la libertad individual, a través del PHC". (Exp. 05842- 2006-HC FJ 48) Universalidad de la Dignidad Humana 10. "La dignidad de la persona humana trae consigo una proyección universal frente a todo tipo de destinatario, respecto de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de dichos derechos pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el antedicho valor normativo que se sustenta en el principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos no deben contradecir a la Constitución tratándose de los derechos fundamentales de la persona humana". (Exp. 02049-2007-AA FJ 3) La dignidad humana es exclusiva de la persona natural 11. "Este Colegiado antes de realizar un análisis de fondo de la presente controversia traída a sede constitucional, considera que resulta obligatorio referir que ante la necesidad de una decisión de fondo por tratarse de un tema que atañe al interés social, es que continúa en la posición

anterior no obstante que en otros pronunciamientos viene sosteniendo la necesidad de que el Tribunal Constitucional, en su condición pacificadora y diseñador de un nuevo orden social, se limite a los asuntos que resultan de estricto conocimiento de los derechos fundamentales de la persona humana y no de sociedades mercantiles caso de autos. Para esto es menester tener en consideración que las personas jurídicas tienen también derechos fundamentales toda vez que no hay ningún derecho que pueda ser ajeno al marco constitucional, resultando entonces que la diferencia se define privilegiando los intereses de la persona humana. Las sociedades mercantiles tienen desde su origen un lícito y exclusivo interés de lucro, cuya tutela rebasa la competencia de este Tribunal, pues éstas así como las asociaciones, fundaciones y cooperativas, por ejemplo, reservan para la defensa de sus derechos vías procesales ordinarias específicas igualmente satisfactorias, puesto que el proceso de amparo, como decimos, está diseñado para la solución de conflictos que sólo conciernen a la persona humana". (Exp. 04482-2007-AA FJ 1) Generalización de la Dignidad Humana 12. "Los derechos fundamentales detentan un efecto horizontal o inter privados (Cfr. STC N° 1124-2001-PA/TC, entre otras). Tal efecto se deriva, por un lado, del artículo 38° de la Constitución, en cuanto establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución y, por otro, del principio de dignidad (arts. 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales". (Exp. 06730-2006-AA FJ 9) La educación como desarrollo integral de la persona 13. “La relación entre educación y dignidad es, por demás obvia e incuestionable. Cabe anotar inicialmente que “en puridad, la educación implica un proceso de incentivación del despliegue de las múltiples potencialidades humanas cuyo fin es la capacitación de la persona para la realización de una vida existencial y coexistencial genuina y verdaderamente humana; y, en su horizonte, permitir la

cristalización de un “proyecto de vida” (Exp. N° 04232-2004-AA/TC, Fundamento 10). Así, la Carta Fundamental dispone que la finalidad de la educación es el “desarrollo integral” de la persona. A ello debe agregarse que tal desarrollo no debe comprenderse solo a partir de una perspectiva individual, puesto que el ideal de la educación correspondiente a una sociedad democrática y regida bajo parámetros constitucionales debe reforzar lazos de empatía y la noción de igualdad, fomentándose con ello la solidaridad [art. 14° de la Constitución] que es un valor troncal de nuestro sistema constitucional”. (Exp. 04646-2007-AA FJ 10) Trato humano y digno a la persona que se encuentra detenida 14. “... este Tribunal no puede dejar de señalar que nuestra Constitución (Art. 1°: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”) y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (CADH, Art. 11°.1: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad” ; PIDCP, Art. 10°.1: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”; DUDH, Art. 1°: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”) no permiten un trato humano degradante y la humillación personal o pública; antes bien, consagran el respeto a la dignidad de la persona humana como la finalidad de la sociedad y el Estado de conformidad con el artículo 1° de la CP; lo contrario, implica socavar las bases de un orden jurídico vinculado a los derechos humanos. En este sentido, el trato humano y digno a la persona que es detenida es una obligación que todo policía debe cumplir por respeto a la dignidad inherente a la persona humana, conducta básica que fue inobservada por el personal policial que ejecutó la detención del demandante con un despliegue de fuerzas o mise en scène propio o adecuado para la captura de un avezado criminal pero no para quien, como el demandante, ostenta buena reputación como así se pudo apreciar de la cobertura periodística televisada de un canal insólitamente presente al momento de la intervención policial. Basta pensar el daño –casi irreparable– que sufre una persona a la que se le imputa la comisión de un delito mediante una sensacionalista cobertura televisiva o con singular destaque en la prensa nacional con términos indubitadamente denigratorios (f. 102, Cuadernillo del Tribunal), como así se hizo con el accionante, a la sazón reconocido profesor universitario, Notario Público de Lima y candidato en ese entonces a la más alta magistratura de la justicia constitucional de nuestro país”. (Exp. 05490-2007-HC FJ 6,7) Derecho a la libertad individual de la persona 15. “Es imposible

aceptar entonces, si nos ubicamos en el contenido mismo de la Constitución, que apoyado en el principio de dignidad humana le concede el derecho de libertad individual a las personas, que los días de arresto domiciliario carezcan de valor. Lo contrario significaría caer en un positivismo puro que no se condice con la Constitución, que es una norma fundamental insuflada de valores y principios, que niega una interpretación restrictiva de su texto normativo y que contempla la interposición del hábeas corpus no sólo frente actos sino también ante omisiones de cualquier autoridad, funcionario o persona que violan la libertad individual (en el caso de autos, omisión inadmisible del legislador)". (Exp. 06201-2007-HC FJ 9) Condiciones mínimas e indispensables para el desarrollo de la persona 16. "... el impedimento del goce de este elemento no sólo incide en la vida y la salud de la persona, sino que lo hace en el propio derecho a la dignidad. En efecto, existen determinados bienes cuya imposibilidad de acceso, en atención al valor supremo de la persona, puede resultar absolutamente incompatible con las condiciones mínimas e indispensables en las que ella debe estar. Se trata de condiciones cuya ausencia atentaría y negaría radicalmente la condición digna de la persona. La ausencia de estas condiciones mínimas contradice el valor supremo de la persona en una magnitud ostensiblemente grave y, de esa forma, el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1º y 3º, Const.). Dentro de estos elementos "mínimos" se encuentra el agua y, en especial, el agua potable. La ausencia o la imposibilidad de acceso a este elemento tiene consecuencias en la vida de la persona incompatibles con el valor supremo de la persona. Constituye elemento vital de ingestión, de preparación de alimentos, de aseo. Sin estas actividades, no puede considerarse que se tenga un mínimo de condiciones adecuadas al estatus valioso de la persona. En atención a lo expuesto puede concluirse en que el impedimento del goce de agua potable representa una afectación de intensidad ostensiblemente grave del derecho a la salud y del derecho a la dignidad de la persona. Desde esta perspectiva, estipulaciones contractuales como la analizada son ostensiblemente contrarias a estos derechos fundamentales". (Exp. 06534-2006-AA FJ de 10 a 12) Particularidades del derecho a la salud mental 17. "El derecho a la salud y particularmente el derecho humano a la salud mental, incluye, por una parte, la interdicción de intromisiones estatales en la esfera individual, y por otra, un elenco de garantías en beneficio de la dignitas personae, lo que implica una enorme variable de factores socio-económicos imprescindibles para el desarrollo sano del ser humano. En otras palabras, el derecho a la salud mental tiene como contenido esencial los elementos que son inherentes al

derecho a la salud, pero con la particularidad de que sus titulares constituyen un sector de la población altamente vulnerable, que requiere de una visión de sus derechos fundamentales desde una óptica que no sólo entraña categorías jurídicas, sino también médicas, antropológicas, sociológicas, entre otros aspectos, que han sido considerados por los estándares internacionales de protección de los derechos humanos". (Exp. 03081- 2007-AA FJ 25) Derecho Penal del Enemigo 18. "En sentencia anterior (STC 0003-2005-PI/TC, fundamentos 16-17), este Colegiado ha precisado que "(...) la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación". Prosigue: 'Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático. No obstante, ello no quiere decir tampoco, en modo alguno, que el derecho penal constitucional se convierta en un derecho penal "simbólico", sino que debe responder severa y eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger, de conformidad con el artículo 44º de la Constitución– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad"' (Exp. 00014-2006-AI FJ 4,5) Principales Titulares de los Derechos Fundamentales 19. "... en principio, tanto la persona humana (el ser humano nacido) como el concebido (el ser humano que está por nacer) representan los titulares principales de los derechos fundamentales, siendo, por otra parte, y para efectos de lo que la norma constitucional postula, objetivos esenciales tanto del Estado como de la Sociedad, tal como se deduce tanto de su artículo 1 como del artículo 44".

DERECHO COMPARADO

Existen diversas definiciones de derecho comparado por lo que respecto del mismo citamos definiciones así como efectuamos comentarios en los siguientes términos:

Para Martínez Paz el derecho comparado es la disciplina que se propone, por medio de la investigación analítica crítica y comparativa de las legislaciones vigentes, descubrir los principios fundamentales y el fin de las instituciones jurídicas y coordinarlos en un sistema positivo actual.

Este autor define al derecho como una disciplina y hace referencia a dos métodos de investigación que son el método comparativo y el método analítico (que no son los únicos métodos pero el método más importante en el estudio del derecho comparado es el método comparativo), y hace referencia a la legislación, es decir, al derecho positivo, es decir, dicha definición otorga un valor considerable a la legislación dentro del derecho comparado, ya que dentro de los estudios del derecho comparado la legislación no es lo único que se estudia, porque puede estudiarse las instituciones jurídicas o la jurisprudencia, o las ejecutorias o la costumbre jurídica. No se hace referencia a que el derecho comparado busca encontrar las semejanzas y diferencias entre los distintos sistemas jurídicos.

Para Solá de Cañizares el derecho comparado consiste en la comparación científica de sistemas jurídicos distintos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos.

En esta definición se toma en cuenta no sólo la legislación de los Estados sino que se hace referencia a los sistemas jurídicos, pero no se hace referencia a que el derecho comparado busca encontrar las semejanzas y diferencias entre los diferentes sistemas jurídicos.

Para Arminjon, Nolde y Wolff el derecho comparado coteja y compara las reglas y las instituciones de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo.

Esta definición es una definición más amplia por que hace referencia a la comparación de las reglas y de las instituciones de diversos Estados sin hacer referencia a la legislación, jurisprudencia, ejecutorias y costumbre jurídica.

Para Julio Ayasta Gonzales el derecho comparado tiene como objeto la confrontación de los sistemas jurídicos de diversos países, para determinar lo que hay de común y diferencial entre ellos y determinar sus causas.

En esta definición se hace referencia que el derecho comparado se toma en cuenta la parte principal del derecho comparado que es encontrar las semejanzas y diferencias entre los sistemas jurídicos, y también a que tiene como objetivo determinar las causas de tales diferencias o semejanzas.

Para Guillermo Cabanellas el derecho comparado es la rama de la ciencia general del derecho que tiene como objeto el examen sistematizado del derecho positivo vigente en los diversos países, ya con el carácter general o en alguna de sus instituciones, para establecer analogías y diferencias.

En esta definición se hace referencia al derecho positivo, sin embargo, el derecho comparado no estudia ni compara sólo el derecho positivo de los diferentes Estados, y en la definición no se hace referencia a las causas de las analogías y diferencias. Dejando constancia que en esta definición se hace referencia al derecho comparado como una rama del derecho pero es necesario precisar que el derecho comparado no es una rama del derecho, sino que consiste en la aplicación del método comparativo al derecho.

Para Juan Ramírez Gronda el derecho comparado es la rama de la ciencia del derecho que tiene por objeto el estudio sistemático de las instituciones jurídicas de los diversos países.

En esta definición se hace referencia al derecho comparado como rama del derecho pero como se precisó anteriormente el derecho comparado no es una rama del derecho y consiste no sólo en el estudio de las instituciones jurídicas, sino que consiste en la aplicación del método comparativo para efectuar estudios comparativos también de la legislación, de la jurisprudencia, de las ejecutorias o de la costumbre jurídica.

Para Alberto Justo al proceso de descubrir y examinar las semejanzas y diferencias entre dos o más sistemas jurídicos se denomina derecho comparado.

Esta es una definición bastante amplia del derecho comparado pero se hace referencia que sólo se puede comparar sistemas jurídicos lo que no es correcto por que también se

puede comparar parte de sistemas jurídicos, y al momento de determinar las semejanzas y diferencias importa también determinar las causas de tales diferencias y semejanzas.

Para Enrique Martínez Paz el derecho comparado es la disciplina que se propone, por medio de la investigación analítica, crítica y comparativa de las legislaciones vigentes, descubrir los principios fundamentales relativos y el fin de las instituciones jurídicas y coordinarlos en un sistema positivo actual.

Para este autor se hace referencia al derecho comparado como una disciplina, sin embargo, el derecho no sólo investiga las legislaciones, sin embargo, hace referencia que busca descubrir los principios fundamentales relativos y el fin de las instituciones jurídicas y hace referencia que busca coordinarlos en sistema positivo actual.

Para Edouard Lambert el derecho comparado no es una ciencia, sino un arte, o más bien una técnica con cuyo auxilio -y mediante la comparación de diferentes legislaciones-, habrá de extraerse el fondo común de las instituciones jurídicas.

En esta definición se precisa que el derecho comparado es un arte o una técnica, y hace referencia sólo a legislación sin tomar en cuenta la jurisprudencia, las ejecutorias, y la costumbre jurídica, y tampoco se hace referencia a encontrar las diferencias entre los diferentes sistemas jurídicos así como las causas de las semejanzas y diferencias.

En el Vocabulario Jurídico realizado bajo la dirección de Henri Capitant se determinó que el derecho comparado es la rama de la ciencia del derecho que tiene por objeto la comparación sistemática de las instituciones jurídicas de los diversos países.

En esta definición se precisa que el derecho es una rama del derecho pero como se precisó anteriormente el derecho comparado no es una rama del derecho, además se hace referencia solamente a la comparación de instituciones jurídicas, sin embargo, el derecho comparado también puede efectuarse respecto de normas jurídicas (puede efectuarse comparaciones de Códigos de diferentes Estados por ejemplo cuando se compara el Código Civil Peruano de 1984 con el Código Civil Italiano de 1942, o de Códigos de un mismo Estado, por ejemplo cuando se compara el Código Civil Peruano de 1984 con el Código Civil Peruano de 1936), de jurisprudencia, de ejecutorias, y de costumbre jurídica. Dejando constancia que son varios autores que definen al derecho comparado como una rama del derecho.

García Máynez sobre el derecho comparado precisa lo siguiente: como su nombre lo indica, esta disciplina consiste en el estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos de diversos lugares o épocas, con el fin de determinar las notas comunes y las diferencias que entre ellos existen, y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma.

Es decir, en esta definición del derecho comparado podemos advertir que se hace referencia a las semejanzas y diferencias de los sistemas jurídicos, no se hace referencia a la determinación de las causas, pero se hace referencia al aporte del derecho comparado que consiste en conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma. También es necesario hacer referencia a que el derecho comparado compara instituciones o sistemas jurídicos, sin embargo el derecho comparado también compara jurisprudencia, ejecutorias, normas jurídicas, y costumbres jurídicas.

Es decir, luego del estudio de las definiciones anteriores de derecho comparado podemos concluir que existen mayor cantidad de autores extranjeros dedicados al estudio del derecho comparado que autores nacionales.

De todas las definiciones anteriormente estudiadas que han servido para poder comprender y estudiar el derecho comparado así como su importancia, podemos afirmar que el derecho comparado no es una rama del derecho, consiste en la aplicación del método comparativo y abarca no sólo al estudio comparativo de las legislaciones, máxime que en no todos los sistemas jurídicos la ley prima como fuente del derecho, sino tan sólo en la familia romano germánica, a la cual pertenece el sistema jurídico peruano en el cual para muchos autores es tomada como fuente para diferentes investigaciones jurídicas los Códigos (como el Código Penal, el Código Civil, el Código Procesal Civil, el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal u otros Códigos), u otras normas del derecho positivo como la Ley General del Sistema Concursal o la Ley del Procedimiento Administrativo General o la Ley de Municipalidades, o la Ley General de Sociedades o la Ley de Títulos Valores. Es decir, el estudio del derecho comparado no sólo puede referirse al estudio comparativo de las legislaciones sino también al estudio comparativo de la jurisprudencia, las ejecutorias, las instituciones jurídicas y la costumbre jurídica.

Luego de haber citado y estudiado la definición del derecho comparado de diversos autores nacionales y extranjeros, podemos afirmar que para nosotros el derecho comparado es la disciplina que se dedica a la aplicación del método comparativo al estudio del derecho.

IV. CONCLUSIONES

En el Estado Constitucional, una de las características esenciales es la publicidad de sus actos y la transparencia de la administración estatal sobre la gestión de los asuntos públicos. Ello implica que los funcionarios y funcionarias del Estado rindan cuentas sobre las decisiones que adoptan y que las personas puedan solicitar y acceder a la información que obra en poder de las entidades estatales. En este sentido, los funcionarios y servidores públicos deben ser considerados como gestores de una organización creada al servicio de la ciudadanía, encontrándose expuestos permanentemente a la fiscalización de la sociedad.

De acuerdo con el artículo 2º inciso 5) de la Constitución toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Para los efectos de la Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales.

El derecho de acceso a la información pública no es absoluto. De acuerdo con el artículo 2º inciso 5) de la Constitución, las excepciones a su ejercicio pueden estar referidos a informaciones que afectan la intimidad personal, la seguridad nacional y las que expresamente se excluyen por ley. En consecuencia, sólo a través de una ley pueden establecerse las excepciones legítimas a este derecho fundamental.

La ley sobre todo en lo que se refiere al uso de las nuevas tecnologías de la información señala lo siguiente: Reconoce la figura de los Portales de Transparencia y no de “páginas Web”. Los especialistas en la materia establecen que “un portal supone un

avance mayor respecto a una página Web. Es decir, la ley obligaría a convertir las páginas webs en verdaderos portales de información y eso sería un gran beneficio para todos. Establece un contenido mínimo para esos portales (datos generales de la entidad, adquisiciones de bienes y servicios, información sobre proveedores, cantidad de bienes y servicios adquiridos, presupuestos de ingresos y gastos así como su ejecución, proyectos de inversión pública que lleva a cabo, 88 información sobre su personal, rango salarial por categorías y remuneraciones, planes estratégicos institucionales, entre otros datos. Obliga a las entidades a designar al funcionario responsable de dar la información. En este punto, si bien la nueva ley señala esta obligación, no contempla la obligación de poner información de manera sencilla, clara y de calidad, que sea de fácil comprensión por los ciudadanos. Fija los plazos de implementación progresiva para que todas las entidades tengan un portal.

V. RECOMENDACIONES

La transparencia de la gestión pública debe llegar al ciudadano. En ese sentido, el ejercicio del derecho de acceso a la información pública debe convertirse en un instrumento para luchar contra la corrupción. Asimismo, debe contribuir a modernizar la gestión pública y a legitimar las acciones del Estado. En cuanto el tema tratado que está ligado estrechamente a la gobernabilidad, al buen gobierno, a la modernización y eficacia del Estado, existe la necesidad de contar con un sólido marco constitucional y legal. Este es un asunto de capital importancia, más aún en el actual contexto de creciente corrupción en casi todos los organismos del Estado. Si bien es cierto que la Ley de acceso a la información pública no es la panacea para solucionar los problemas de corrupción y de falta de transparencia, hay algo fundamental, que no se hace por ley por sí misma, sino por la participación de la ciudadanía. En consecuencia, para una real vigencia del derecho de acceso a la información, se deben realizar acciones complementarias como la difusión masiva de la ley, de modo que se promueva el uso por parte de la población de los diversos mecanismos que le permite defenderse de la corrupción, así como procurarse información que pueda ser útil para su propio desarrollo. Ante el desconocimiento de importantes sectores de la población de que el acceso a la información pública es un derecho humano y no una concesión graciosa de la administración, para contrarrestar esta situación, precisa preparar un material básico y práctico para hacer conocer el derecho a la ciudadanía y al sector público. Se debe organizar talleres de capacitación para los alcaldes y sus funcionarios, imprimirle otra dinámica para trabajar estrechamente con la ciudadanía en un ambiente de transparencia.

VI. RESUMEN

La presente tesina titulada “CONSTITUCIONALIDAD Y TRANSPARENCIA”, analiza el problema desde el punto de vista jurídico. Como se sabe, en el Estado Constitucional, una de las características esenciales es la publicidad de sus actos y la transparencia de la administración estatal sobre la gestión de los asuntos públicos. Ello implica que los funcionarios y funcionarias del Estado rindan cuentas sobre las decisiones que adoptan y que las personas puedan solicitar y acceder a la información que obra en poder de las entidades estatales. En este sentido, los funcionarios y servidores públicos deben ser considerados como gestores de una organización creada al servicio de la ciudadanía, encontrándose expuestos permanentemente a la fiscalización de la sociedad. De acuerdo con el artículo 2º inciso 5) de la Constitución toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. Por ende, las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en su posesión o bajo su control. Para los efectos de la Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales. En ese sentido, entendemos que el derecho de acceso a la información pública no es absoluto. De acuerdo con el artículo 2º inciso 5) de la Constitución, las excepciones a su ejercicio pueden estar referidos a informaciones que afectan la intimidad personal, la seguridad nacional y las que expresamente se excluyen por ley. En consecuencia, sólo a través de una ley pueden establecerse las excepciones legítimas a este derecho fundamental. La ley sobre todo en lo que se refiere al uso de las nuevas tecnologías de la información señala lo siguiente:

a) Reconoce la figura de los Portales de Transparencia y no de “páginas Web”. Los especialistas en la materia establecen que “un portal supone un avance mayor respecto a una página Web. Es decir, la ley obligaría a convertir las páginas webs en verdaderos portales de información y eso sería un gran beneficio para todos. b) Establece un

contenido mínimo para esos portales (datos generales de la entidad, adquisiciones de bienes y servicios, información sobre proveedores, cantidad de bienes y servicios adquiridos, presupuestos de ingresos y gastos así como su ejecución, proyectos de inversión pública que lleva a cabo, información sobre su personal, rango salarial por categorías y remuneraciones, planes estratégicos institucionales, entre otros datos. c) Obliga a las entidades a designar al funcionario responsable de dar la información. En este punto, si bien la nueva ley señala esta obligación, no contempla la obligación de poner información de manera sencilla, clara y de calidad, que sea de fácil comprensión por los ciudadanos. d) Fija los plazos de implementación progresiva para que todas las entidades tengan un portal.

ABSTRACT

The present thesis titled "CONSTITUTIONALITY AND TRANSPARENCY", analyzes the problem from the legal point of view. As is known, in the Constitutional State, one of the essential characteristics is the publicity of its actions and the transparency of the state administration over the management of public affairs. This implies that State officials are accountable for the decisions they adopt and that people can request and access information held by state entities. In this sense, civil servants and public servants should be considered as managers of an organization created at the service of citizenship, being permanently exposed to the control of society. According to Article 2, subsection 5) of the Constitution, every person has the right to request, without expression of cause, the information required and to receive it from any public entity, within the legal term, at the cost of the request. Exceptions are those that affect personal privacy and those that are expressly excluded by law or for reasons of national security. Therefore, the entities of the Public Administration have the obligation to provide the required information if it refers to that contained in written documents, photographs, recordings, magnetic or digital support, or in any other format, provided that it has been created or obtained by her or that is in her possession or under her control. For the purposes of the Law, any type of documentation financed by the public budget that serves as the basis for a decision of an administrative nature, as well as the minutes of official meetings, is considered public information. In that sense, we understand that the right of access to public information is not absolute. According to article 2, subsection 5) of the Constitution, the exceptions to its exercise may be related to information that affects personal privacy, national security and those that are expressly excluded by law. Consequently, only through a law can legitimate exceptions to this fundamental right be established. The law, especially in regard to the use of new information technologies, states the following: a) It recognizes the figure of the Transparency Portals and not "Web pages". The specialists in the matter establish that "a portal supposes a greater advance regarding a Web page. That is to say, the law would oblige to turn the web pages into real portals of information and that would be a great benefit for all. b) It establishes a minimum content for these portals (general data of the entity, acquisitions of goods and services, information on suppliers, quantity of goods and services acquired, budgets of income and expenses as well as their execution, public investment projects that lead to information on its personnel, salary range by

categories and remunerations, strategic institutional plans, among other data c) It obliges the entities to designate the official responsible for giving the information. At this point, although the new law indicates this obligation, it does not contemplate the obligation to put information in a simple, clear and quality way, which is easy to understand by citizens. d) Set the deadlines for progressive implementation so that all entities have a portal.

VII. REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

- Alfaro, J. (2003). “*La nueva Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972*”. Lima, Marketing Consultores.
- Aranzamendi, L.(2004). “*Municipios y Democracia participativa*”. Arequipa, Editorial Adrus.
- Bernaldes, E. (2006). “*La Constitución de 1993*”, análisis comparado. 5ª Ed. Lima, Editorial RAO.
- Borea, A. (1994). “*Los elementos del Estado moderno*”. t.1. Lima, Celes.
- Abad, S. (2003). “*El acceso a la información pública: hacia una cultura de la transparencia*”. Revista Peruana de Derecho Público Administrativo y Constitucional. Lima, Grijley.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-053/96.
- Chirinos, E. (2002). “*La Constitución de 1993*”. Lima, San Marcos.
- Decreto Supremo 043-2003-PCM, publicado el 24 de abril de 2003.
- Defensoría del Pueblo. “*Situación de la libertad de expresión en el Perú*”. Informe Defensoría N° 48. Lima, 2000.
- Defensoría del Pueblo. “*El acceso a la información pública y la cultura del secreto*”. Informe Defensoría N° 60. Lima, 2001.
- Gutiérrez, W. (2005). “*La Constitución Comentada*”. Tomo 1. Lima, Gaceta Jurídica.